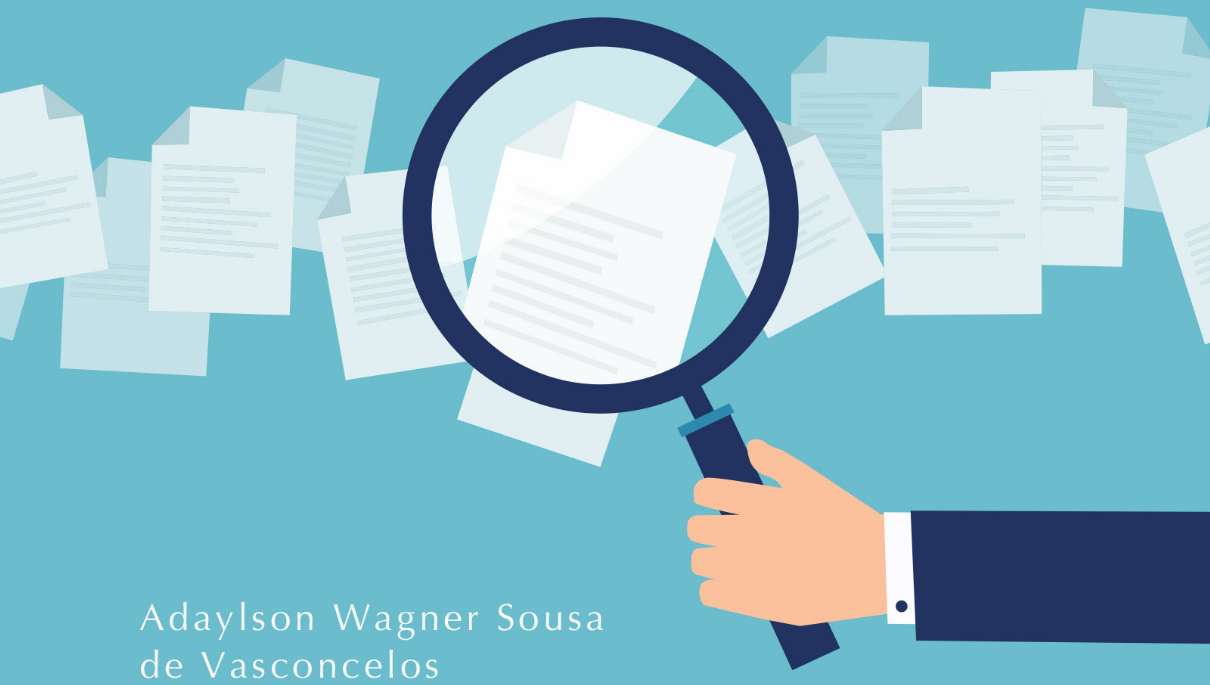
CAMINHOS DA JUSTIÇA:

EXPLORANDO O MUNDO DO DIREITO



Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

Atena Editora
Ano 2023

CAMINHOS DA

JUSTIÇA:

EXPLORANDO O MUNDO DO DIREITO



Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

Atena Editora
Ano 2023

Editora chefe
Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Editora executiva
Natalia Oliveira
Assistente editorial
Flávia Roberta Barão
Bibliotecária
Janaina Ramos
Projeto gráfico
Camila Alves de Cremo
Ellen Andressa Kubisty
Luiza Alves Batista
Nataly Evilin Gayde
Thamires Camili Gayde
Imagens da capa
iStock
Edição de arte
Luiza Alves Batista

Caminhos da justiça: explorando o mundo do direito

Diagramação:	Ellen Andressa Kubisty
Correção:	Yaiddy Paola Martinez
Indexação:	Amanda Kelly da Costa Veiga
Revisão:	Os autores
Organizador:	Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C183 Caminhos da justiça: explorando o mundo do direito / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2023.

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-65-258-2177-1
DOI: https://doi.org/10.22533/at.ed.771230812

1. Justiça. 2. Leis. 3. Direito. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de (Organizador). II. Título.

CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

Em **CAMINHOS DA JUSTIÇA: EXPLORANDO O MUNDO DO DIREITO**, coletânea de onze capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, no presente volume, reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam transparência, poder público, corrupção, interdição, tomada de decisão apoiada, consumidor, compras online, movimentos sociais, justiça gratuita, defensoria pública, Lei Maria da Penha, *stalking*, direitos humanos, racismo estrutural, sistema prisional, racismo, violência de gênero e raça, educação, pós-pandemia, além de neoliberalismo.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1

A TRANSPARÊNCIA DO PODER PÚBLICO COMO VETOR DO COMBATE À CORRUPÇÃO

Data de aceite: 01/12/2023

Pedro Henrique Marcon Rockenbach
Graduando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Estudante

Rogério Gesta Leal
Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC e da FMP. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

RESUMO: A presente pesquisa busca avaliar o papel da transparência do Poder Público como mecanismo de combate à corrupção, em um meio social significativamente permeado por este problema. Para introduzir os conceitos que pretende abordar, ela traz a concepção de transparência e seus contornos filosóficos. Também, aborda o papel da transparência pública na construção de uma sociedade regida por um Poder Público voltado ao bem-estar social de seus administrados. Para definir objetivamente o encaixe da transparência na luta contra a corrupção endêmica, o trabalho analisa as formas com que a transparência deve ser materializada, respeitadas as legítimas limitações, bem como a deferência que se deve ter a ela, no âmbito da Administração Pública. Com isso, pretende concluir sobre a participação da transparência, sobretudo no âmbito mencionados, para que se tenha uma política anticorrupção adequada. O método de desenvolvimento é o de pesquisa aplicada, contando com abordagem qualitativa de levantamentos bibliográficos e documentais. Tudo em vista de construir um estudo explicativo descritivo.

PALAVRAS-CHAVE: Transparência; Corrupção; Administração Pública.

ABSTRACT: This research care's to value the transparencys role in the Public Power as a corruption fighting mechanism, in a social environment terribly affected by this problem. To introduce the concepts that is intended to see, it brins the idea of transparency and its filosophic profiles. Also, it takes public transparencys role on building a society ruled by a Public Power that seeks its people social welfare. To define objectively the suitability of transparency on fight against endemic corruption, this paper analises the ways transparency must be used, acording to the legal limits, and the respect it deserves, in public adminstration field. By that, it intends to imply a solution about the transparency participation,

in public administration, to get a proper fihgting corruption politic. It was used the applied research method, countig with bibliographical and documental qualitative study. Allo f this, looking for getting a explanatory descritive study.
KEYWORDS: Transparency; Corruption; Public Administration.

INTRODUÇÃO

É sabido que o esclarecimento é libertador. Liberta os indivíduos dos caminhos que só tomam por não terem outra opção. Liberta da prisão da desinformação, que só permite pensar de acordo com os limites (muitas vezes acentuados) do seu conhecimento. O que não é sabido não pode ser questionado ou apurado. É com base nestas premissas que surgiram os princípios de transparência do Poder Público. Em uma sociedade dirigida para o povo não é lógico que não se tenha conhecimento de como os serviços atendem às suas aspirações.

O Brasil padece de um grande infortúnio representado pela cultura corruptiva instaurada na sociedade, que se intensifica e se mostra altamente danosa quando manifesta nas engrenagens da gerência da vida pública. São diversas as maneiras de lidar com os atos que são motivados por essa cultura. O presente estudo busca, como principal objetivo, esclarecer a relevância que carrega a transparência da Administração Pública, em uma política que se direciona a reprimir as emoções que impulsionam tais comportamentos. Especificamente, se pretende elucidar a medida do seu cabimento, ponderando-se sobre outros aspectos impeditivos, bem como onde falta transparência na administração pública.

Para tanto, faz-se necessário que se compreenda os contornos do conceito de transparência que se quer aplicar nesta política. É fundamental, também, o entendimento do papel da transparência efetiva para moldar bases sólidas de um sistema genuinamente republicano, no sentido conceitual da palavra, que busca atender os interesses do povo e não de um ou outro indivíduo particular inserido neste mecanismo.

Compreendido isso, far-se-á a análise dos contornos que leva, ou deve levar, a transparência em uma das áreas onde mais se vislumbra o deslinde da corrupção: a Administração Pública. Percebe-se constantes discussões, no bojo dos tribunais, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, acerca da transparência pública e seus limites.

Desta forma, a pesquisa pretende solver a problemática acerca de quais os empecilhos encontrados para a efetivação da transparência e principalmente sobre a possibilidade de preponderância da transparência sobre outros princípios fundamentais.

A partir desse problema, levanta-se a hipótese de que a transparência não é devidamente respeitada, e isso prejudica a condução da coisa pública com lisura, assim como o interesse público justifica a transparência de informações pessoais de integrantes da administração.

A estruturação do trabalho contará com três capítulos de desenvolvimento, sendo o primeiro para introduzir a acepção de transparência a ser trabalhada. O segundo eixo desenvolve o papel da transparência na democracia e no sistema público íntegro. O último capítulo se destina a abordar mais profundamente alguns desafios encontrados na perpetuação da transparência, bem como a colisão de princípios e a sua proposta de superação.

Elegeu-se o método de pesquisa aplicada, com uma abordagem qualitativa de material bibliográfico, para desenvolver um trabalho descritivo explicativo sobre os impactos da transparência na fenomenologia da corrupção.

CONCEPÇÕES SOBRE TRANSPARÊNCIA E SUAS FACES

Transparência é um conceito amplamente significativo. Pode ser interpretado em variados vieses. Byung-Chul Han traz aspectos mais ontológicos sobre a transparência, abordando-a sob o prisma da vida cotidiana. Ele traz uma percepção de nudez da vida, de forma que a transparência da sociedade atual não deixa margem para uma visão poética ou fantasiosa (HAN, 2013, p. 37). Com isso, apregoa-se uma ideia de transparência como isenção de filtros eufemistas que a realidade possa adquirir para torná-la mais suave e mais agradável aos sentidos (HAN, 2013, p. 12).

Entrando no campo da ética, Han (2013) afirma que as práticas politicamente corretas implicam a renúncia à ambiguidade e obscuridade no discurso, sendo a transparência e a clareza sinais de boa-fé objetiva.

No âmbito da governança pública, a transparência implica a ideia de publicidade dos atos e movimentos do Estado (HEINEN, 2021, p. 238). Quanto a isso, Carl Schmitt (1998) prega que a política genuína depende de segredos, depende do esotérico, e, sem ele, se esvai a essência da política. Bobbio, após estabelecer um vínculo íntimo entre a política e o poder, descrevendo aquela como "típica relação de poder", acompanha Schmitt, dizendo que o segredo é substancial para o exercício e manutenção do poder (BOBBIO, 2000, p. 399).

Contudo, ele lembra que os teóricos deste tipo de política eram pensadores da autocracia, que consideravam o poder concentrado e ilimitado nas mãos de um soberano uma virtude (BOBBIO, 2000, p. 401).

Maquiavel (2015) não faz segredo do seu apreço pelo "*arcana imperii*"[1] quando fala, em "O Príncipe", do pleno cabimento ético de estratégias e movimentos ardilosos e desonestos, por parte do príncipe (governante/soberano), visando a manutenção do seu principado (governo) e do seu poder, inescrupulosamente. Nesse contexto, os segredos do governante são ferramenta essencial para a detenção de poder.

Visto isso, há que se observar que a transparência, na seara da governança

1 Expressão latina que significa "segredos do poder" ou "mistérios do poder".

pública, carrega um significado de controle sobre o governante e de limitação de poder (MARTÍN, 1990, p. 134). A partir dessa concepção, começa-se a construir uma base para a democracia e o poder do povo. No sentir de Bobbio, a democracia se apresenta como um modelo governativo cujo desenrolar se dá inteiramente à disposição da população, sendo completamente desnudo, oportunizando a avaliação crítica plena sobre os movimentos dos administradores (BOBBIO, 2000, p. 386-387).

A doutrina brasileira corrente reconhece pacificamente o vínculo umbilical existente entre um Estado Democrático de Direito e a transparência em maior grau possível dos atos da administração pública e do Poder Público (MELLO, 2010, p. 114). Tornou-se corolário de um legítimo sistema republicano e democrático que o povo, soberano, tenha ciência do que se passa entre as vísceras da máquina estatal (HOMERCHER, 2011, p. 380).

Sem embargo, atenta-se para o fato de que a simples disposição de informações não exaure materialmente esse dever de transparência. Para atingir aquele grau elevado desejado de transparência, é requisito que se viabilize a compreensão do que é disposto à população. Deve-se estruturar um veículo comunicativo inteligível para efetivar o contato com a informação (HOMERCHER, 2011, p. 386). Neste ponto, verifica-se uma discrepância fundamental para a compreensão deste texto: publicidade e transparência. Enquanto a publicidade se satisfaz com a simples mostra dos atos e informações, trajada de um requisito formal de legitimidade, a transparência implica o real conhecimento e participação do cidadão para com os atos de governança (HOMERCHER, 2011, p. 380-381).

Os dizeres até então cumprem com o objetivo de mostrar qual a acepção de transparência que importa à análise do mérito desta pesquisa. É dizer, a transparência do Poder Público, não somente quanto a seus movimentos, mas sobre tudo o que diz respeito a interesses públicos e que atendam ao princípio da transparência, amplamente adotado no ordenamento jurídico e ao direito de acesso à informação.

Desta forma, tem-se um conceito de transparência que visa a efetiva participação popular na administração do Estado, de modo que se tenha consciência do que ocorre nas filigranas do Poder Público. Adiante será abordado mais profundamente o impacto da transparência na consumação e perpetuação de comportamentos lesivos à ordem e gestão públicas.

TRANSPRÊNCIA COMO MEDIDA DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Quando se trata de corrupção, se fala em sentido amplo, envolvendo atos ímprobos e crimes contra a administração pública, não somente a corrupção (*stricto sensu*). Ou seja, uma ampla gama de condutas lesivas à estrutura do Estado, que visam a satisfação de interesses privados, por agentes públicos ou privados.

Diretamente ligada com o andamento regular da democracia, a corrupção endêmica alcança as mais variadas áreas da sociedade, impedindo que os interesses sociais

conversem com as inclinações da direção do Estado. Desta forma, atua como um patógeno infeccioso que mata lentamente, corroendo todos os mecanismos e órgãos de uma estrutura social e dando espaço para os piores tipos de delinquência (LEAL, 2020, p. 47-48).

O comportamento corruptivo é viabilizado e impulsionado por diversos fatores. A transparência do Poder Público, além de ser um dos elos da democracia, é uma importante ferramenta de prevenção e combate à corrupção. É nesse diapasão que se discorre a ideia de transparência como um tônico do elo entre democracia e probidade, de forma que um ato só pode ser legítimo se consentido pelo destinatário dos efeitos desse ato – o povo (HOMERCHER, 2011, p. 382).

Bonavides (2012) tem uma áspera crítica ao sistema representativo da república brasileira, de maneira que, ao contrário do que deveria, fez aumentar o distanciamento entre os interesses públicos e os interesses dos governantes, que mantêm a máquina pública sempre a serviço de seus benefícios particulares.

Esse fenômeno desviante tem forte impulso, segundo o Professor Rogério Gesta Leal (2013), entre outras causas, na desburocratização dos procedimentos administrativos. As nuances dos procedimentos administrativos, como as licitações, são garantidoras da integridade destes processos, embora sejam muito dispendiosas e complexas.

A história do Brasil é um grande palco para exemplos desta natureza. Neste norte, tem-se a narrativa desenrolada na obra da jornalista Malu Gaspar (2020), "A Organização", especificamente no trecho em que discorre sobre os escândalos de Angra 2 e 3, na época da ditadura militar, envolvendo a empreiteira Odebrecht. Por esta ocasião, veio a público notícia de um escárnio em que o governo brasileiro concedeu as obras das usinas em comento à empreiteira, sem intermédio de qualquer processo licitatório ou que viabilizasse concorrência, tudo à revelia da ciência pública, claro.

Esse cenário se perpetua até hoje, mas teve sua ênfase constatada no período ditatorial, em razão da grande censura imposta pelos governantes. Tal é, que após a redemocratização e o fortalecimento do Ministério Público e dos órgãos investigadores diversos políticos corruptos, que se valiam de um regime velado para seus atos, sucumbiram às forças da justiça (GASPAR, 2020, p. 68- 69).

Outro exemplo, não tão próximo, mas de notável relevância para o assunto, foi o da tramitação da PEC nº 3/2021. Esta PEC, intitulada informalmente PEC da Imunidade (ou da "Impunidade", por críticos), amplia significativamente as imunidades de parlamentares, o que, na prática, acaba obstruindo a jurisdição. Ocorre que a tramitação desta Proposta se deu no prazo recorde de 24 horas, em detrimento de diversas outras Propostas de Emenda que estão há muito aguardando deliberação. Outro fato que chama muito a atenção sobre o caso é o de que foram violados procedimentos regimentais de tramitação das PEC's, e acabou sendo votada convenientemente no mesmo dia em que ocorria a partida que definiria o campeão do Campeonato Brasileiro 2020 (25/02/2021) (SPECHOTO, 2021). A rigor, não se vislumbra nenhuma ilegalidade, tampouco crime contra a administração

pública. Mas é notória a tentativa de viabilizar a prática destes por meio de articulações legislativas que vão contra os interesses públicos. Mais ainda, valeu-se de uma estratégia cuja principal virtude foi a ignorância da população, uma vez que não foi dado ao povo tempo para fazer julgamento de valor sobre o projeto, nem oportunidade, visto que o país inteiro mantinha sua atenção em outra tela.

Observa-se dessa convergência de fatos a razão pela qual se vê tão íntimas as relações entre transparência, democracia e índices de corrupção, tal como estabelecidas no capítulo anterior.

É neste ponto que se ressalta a essencialidade de uma sistemática de transparência efetiva. A transparência é uma manifestação da democracia, não somente no ponto em que o governo simplesmente fornece informações sobre as ações de interesse público, mas no ponto em que entregue essas informações de forma compreensível. E mais, permitindo e impulsionando outras formas de comunicação e disseminação de informação em massa, como o jornalismo investigativo (LEAL, 2020, p. 50).

É evidente a importância de instrumentos dessa natureza para que se possa insurgir contra a corrupção endêmica. Não fossem as investigações jornalísticas, não se teria noção do que se enfrenta na sociedade, nem tampouco se teria subsídio para desenvolver o presente artigo.

Da mesma forma, revela-se de suma importância o movimento de controle da atividade estatal, de caráter democrático, evidenciado na década de 80 em diante, trazendo instrumentos sistemáticos de valor ímpar, como o *accountability*.[2] Essa política que mira deixar o Estado à mercê do controle popular é central em assuntos sobre o papel da transparência estatal, como característica de um Estado democrático e anticorrupção (FILGUEIRAS, 2011, p. 11). Derivado desses modelos, surgiram alguns instrumentos, como a Lei 12.527/2011, popularmente conhecida como Lei do Acesso à Informação, e a Lei Complementar 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, com escopo de tonificar os meios de transparência do Estado. Todavia, nota-se que estes artifícios ainda enfrentam obstáculos no intento de se tornarem efetivos. Um desses entraves é o conflito entre a atual Lei Geral de Proteção de Dados e a Lei de Acesso à Informação, que demanda sistemáticas hermenêuticas para a aplicação objetiva de ambas, visto as iminentes e correntes negativas de informação fundadas na LGPD (LIMBERGER, 2022, p. 119-121). Durante o período da pandemia do Coronavírus, evidenciou-se também uma negligência, por parte do governo, em atender às demandas de acesso à informação (AMARAL, 2020, p. 4).

O que virá a ser trabalhado em seguida é em que medida e de que forma deve haver transparência do Poder Público, especificamente no âmbito da administração pública.

2 Termo usado para descrever um sistema consistente na transparência e na responsabilidade do Estado, advindo de uma era de controle sobre as suas ações.

TRANSPARÊNCIA NO ÂMBITO DA ADMINSTRAÇÃO PÚBLICA

Ao falar em transparência administrativa como instrumento do combate à corrupção, acima de tudo se está a falar de artifício preventivo. É um princípio chave na condução da gerência do Estado, oportunizando a ampla clareza quanto aos seus governantes, agentes e procedimentos. Esse princípio se encontra centralizado nas codificações de conduta governativa mundo afora. A transparência subjaz ao conceito de ética e probidade administrativa dos agentes (GARCIA; ALVES, 2011, p. 127-128).

No Brasil, foi estatuído o Código de Conduta da Alta Administração Federal, que, já em seu artigo 1°, traz como diretriz do seu regimento a maior transparência da administração (GARCIA; ALVES, 2011, p. 130). Além deste código, são diversos os instrumentos normativos que trazem, com ênfase, a transparência na prevenção e repressão a condutas ímprobas. São exemplos, ademais das já mencionadas leis, a Lei nº 8.730/1993, que determina a prestação de informações pessoais pelas autoridades públicas (BRASIL, 1993), e a Lei nº 8.429/1992, nominada Lei de Improbidade Administrativa, que, em seu artigo 9º, inciso X, tipifica como ato ímprobo ilícito a omissão de atos do Poder Público que devam ser publicados, bem como em seu artigo 11, incisos IV, VI e VIII, tipifica como ato ímprobo o retardamento ou obstrução da devida transparência e fiscalização dos atos (BRASIL, 1992).

Resta evidente que existem inúmeros dispositivos que visam a transparência como meio de controle e, ainda assim, encontram algumas resistências na sua aplicação, o que leva a concluir, a priori, que falta hermenêutica sólida a ser aplicada nestas disposições.

Nessa perspectiva, elenca-se como primordial na segurança da aplicação da transparência administrativa a sua constitucionalização, tomando- a como paradigma na dissolução de entraves interpretativos, de modo que a discussão sobre a transparência de qualquer aspecto relativo à administração e ao governo seja um debate constitucional, na seara das cláusulas pétreas. Além da rigidez na aplicação desse princípio, nota-se necessário o devido controle constitucional, com base neste princípio, para que se tenha a constitucionalização material desejada (OHLWEILER; CADEMARTORI, 2018, p. 33-37).

Em sentido congruente, o Ministro Luís Roberto Barroso salienta a essencialidade da deferência direta à Constituição e aos seus princípios, por parte do administrador público. Para ele, a interpretação constitucional administrativa deve ser em primeiro plano, tal como supra defendido, inclusive em detrimento, ocasionalmente, da legislação infraconstitucional e da jurisprudência (BARROSO, 2009, p. 121). Depreende-se que, ao contrário do que se vislumbra no corrente cenário, no âmbito da administração pública, a orientação constitucional deve ser mister, sempre em primeiro plano, e não um mero sugestivo principiológico. Neste caminho, apregoa-se a premissa de que o deslinde dos atos administrativos e do Direito Administrativo andem de mãos dadas com a Constituição, de forma que as suas orientações sejam codificadas pela Carta Maior em maior grau possível, conferindo maior preeminência às regras administrativas.

Assim, tomando o direito à informação pública por um direito fundamental, indispensável ao desenvolvimento social digno (OHLWEILER; CADEMARTORI, 2018, p. 40), e visando a boa administração, por bem ou por mal, surgem os aludidos dispositivos infraconstitucionais. O mais abrangente e detalhista desses diplomas é a Lei nº 12.537/2011, dita Lei de Acesso à Informação.

Em um quadro geral, é possível observar que o conteúdo da lei sob comento estabelece, entre outros aspectos pormenorizados, os sujeitos os quais são onerados de prestar informações, o grau de transparência das informações, quais são abrangidas e os procedimentos pelos quais serão prestadas. Ademais, ela estabelece os limites da transparência do poder público, que oscilam entre direitos fundamentais e informações que possam comprometer o interesse e a segurança públicos (OHLWEILER; CADEMARTORI, 2018, p. 46). Como outro braço da garantia à transparência, a Lei nº 8.730/1993 determina a prestação de informações de natureza financeira, relativa a bens e posses, por parte de todos os membros e servidores da administração pública direta e indireta da União, quando de sua posse e saída. Em síntese, esses dois diplomas estabelecem os moldes basilares que guiam a materialização do dever de transparência da administração para com a população.

Direcionando o enfoque, primeiramente, à transparência da administração pública em sentido material[3], há que se analisar as fronteiras do dever de transparência do Estado e os entraves encontrados. É cediço que o direito ao acesso à informação, tal como todos os demais, não é absoluto. Nesse âmbito, foi visto que, em linhas gerais, os limites da transparência do Poder Público são instituídos nas figuras dos casos em que o interesse e a segurança pública estejam ameaçados pela publicização dos movimentos administrativos (OHLWEILER; CADEMARTORI, 2018, p. 46). Portanto, é imperioso definir claramente quais são estas fronteiras e permitir que reste incontroverso que qualquer penumbra que abarque qualquer outro aspecto aquém destas fronteiras é ilícita e inconstitucional.

No seio da Lei de Acesso à Informação, que vem regulamentada pelo Decreto nº 7.724/2012, percebe-se que a sua abrangência quanto aos sujeitos passivos compreende praticamente todos os entes e entidades componentes da administração pública direta e indireta (BRASIL, 2011a). Quanto ao objeto, direciona-se intensamente quanto ao manejo dos recursos públicos, mas também a uma ampla gama de informações, incluindo as advindas de entidades privadas prestadoras de serviços para o Estado, conforme o artigo 7º:

> Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:
>
> I - orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada;

3 Segundo Hely Lopes Meirelles, o conceito de Administração Pública pode ser visto sob quatro aspectos, dentre eles, o sentido material. Esse sentido explica a Administração Pública como “conjunto de funções necessárias aos serviços públicos em geral” (MEIRELLES, 2016, p. 68).

> II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos;
>
> III - informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado;
>
> IV - informação primária, íntegra, autêntica e atualizada;
>
> V - informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços;
>
> VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e VII - informação relativa:
>
> a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos;
>
> b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.

Neste cerne estão as informações a serem prestadas, em conformidade com a boa-fé administrativa, devendo ser íntegras e de fácil interpretação. Além delas, deve-se considerar o inquérito civil público, que não veio expresso, porém é indispensável para a administração democrática (HEINEN, 2014, p. 127- 128). No que se refere ao artigo 8º, este trata das informações a serem disponibilizadas de maneira espontânea pelos órgãos e entidades e de modo plenamente visível e de fácil compreensão. O rol dele é exemplificativo, de maneira a abraçar quaisquer outras informações relevantes ao domínio público (HEINEN, 2014, p. 134-135).

Dada a ampla gama de informações objeto desse sistema de transparência, parece mais fácil identificar as exceções a este sistema, a fim de definir objetivamente os limites da transparência. O artigo 23 traz um rol de ocasiões em que o acesso à informação pode ser denegado pelo Estado. Como já dito, essas situações compreendem, em síntese, questões envolvendo direitos fundamentais, questões de segurança nacional e procedimentos de que disso depende o seu êxito. Insta salientar que o seu rol é *numerus clausus* e o valor de suas hipóteses deve ser medido em caso concreto, sopesando-se os bens jurídicos em questão, à luz dos princípios constitucionais (HEINEN, 2014, p. 207). Posicionamento este que honra o anteriormente aduzido acerca da constitucionalização do Direito Administrativo. Observa o Professor Juliano Heinen (2014) que, dentre as exíguas hipóteses de sigilo em todo o ordenamento, todos os incisos que se referem às funções administrativas e de governo falam sobre a salvaguarda de interesses nacionais, no plano internacional. Em nenhum momento fazem menção à organização orçamentária interna ou sequer a questões da estruturação interna da administração, sendo estas, inclusive, matérias de alto relevo na importância da transparência. Neste ponto, encontra-se um dos grandes entraves antes mencionados.

Recentemente, no ano de 2019, houve uma alteração de grande tormento na Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2020 (Lei nº 13.898/2019). Fala-se das Emendas de Relator-Geral (CRUVINEL, 2021, p. 75). Contextualizando, o sistema orçamentário nacional prevê alguns tipos de emendas parlamentares, a fim de que sejam destinados recursos pelos parlamentares em favor de algum órgão beneficiário. Ocorre que todas as emendas estão sujeitas aos critérios de destinação de recursos e especificações dessas destinações, o que possibilita, inclusive, o controle sobre tal. Isto não ocorre com a Emenda de Relator-Geral, cujas especificações e direcionamentos ficam a cargo exclusivamente do relator- geral da LDO, sem sujeição a nenhum critério e portais de transparência (CRUVINEL, 2021, p. 77). Em razão disso, esta emenda foi apelidada de "Orçamento Secreto".

A despeito de qualquer justificativa que se tenha apresentado para o incremento de um mecanismo dessa natureza, é dispensável comentar sobre a estratosférica inconstitucionalidade dessa emenda e dos prejuízos que ela causa ao erário e ao sistema público. Claramente contrário ao artigo 37 da Constituição Federal e a todos os demais diplomas legais versados até então, este dispositivo é objeto de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, no Supremo. Torna-se quase indispensável ressaltar a íntima relação que tal mecanismo tem com práticas corruptivas do sistema público. Em pouco tempo de vigência, o uso dessas emendas foi associado repetidas vezes a casos de suspeita de corrupção investigados pela Polícia Federal (VINHAL, 2022).

É notável a violação aos preceitos constitucionais e legais que versam sobre a transparência pública. Mais ainda, percebe-se a ausência de controle de constitucionalidade eficiente tal como se apregoa necessário para manter hígida a deferência pelas normas constitucionais. Por estas razões é que se defende a objetividade criteriosa dos limites da transparência pública, por mais exíguos que sejam, e que sejam esses limites constitucionalizados.

Redirecionando o olhar para a administração pública em sentido formal[4], na figura de seus agentes, observa-se que, dentre os limitadores do alcance da transparência estatal, o mais facilmente encontrado e mais controverso é o que diz respeito à proteção da intimidade e dos direitos individuais do administrador. Quanto a isso, embora a Lei nº 8.730/93 determine a declaração de bens pelos servidores federais e o Tema de Repercussão Geral 483 do STF legitime a disseminação de dados financeiros dos servidores, existem alguns conflitos, principalmente quando se fala da Lei Geral de Proteção de Dados. Esses conflitos são expressos pelos direitos relativos à intimidade do cidadão (LIMBERGER, 2022, p. 115).

Limberger propõe que, para superar esses conflitos, sejam adotados alguns critérios na interpretação dos direitos:

> a) valoração caso a caso da questão de se um dado de caráter pessoal pode publicar-se, fazer-se acessível ou não, e, em caso afirmativo, em que condições e de que maneira (digitalização ou não, difusão em internet ou não etc.); b) princípios da finalidade e legitimidade; c) quais as informações da

4 No conceito de Hely Lopes Meirelles, a Administração Pública em sentido formal é "o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo" (MEIRELLES, 2016, p. 68).

> pessoa em questão; d) e o seu correlato direito de oposição, utilização das novas tecnologias em prol da proteção dos dados pessoais (LIMBERGER, 2022, p. 119).

Pode-se dizer que estes critérios são utilizados para sopesar os valores aqui compreendidos, a fim de que se chegue a um limite objetivo quanto à transparência do Poder Público na figura de seus agentes. Em outras palavras, servem para definir onde o interesse público não mais prepondera.

Nesse ínterim, Têmis Limberger (2017) lembra que a publicidade de dados dos agentes públicos se dá em nome do princípio da moralidade e da supremacia do interesse público. O mesmo ocorre com as declarações exigidas pela Lei nº 8.730/93. Não obstante, a autora refere não ser o suficiente para violar o direito à intimidade, visto que, por ocasiões, esta violação só fomenta interesses ilegítimos, como a 'curiosidade alheia' que impulsiona o jornalismo investigativo (LIMBERGER, 2017, p. 84).

Com efeito, traz razão a autora quando cita a falta de especificação legal das pessoalidades passíveis de publicidade, sendo que alguns dados configuram excesso à sua publicidade, assim como não importam à ordem pública (LIMBERGER, 2017, p. 85). Contudo, não é excessivo lembrar que o jornalismo investigativo constitui um instrumento de máximo valor para a efetivação da transparência e do combate à corrupção, devendo ser viabilizado e incentivado (LEAL, 2020, p. 50). Outrossim, quanto ao interesse social, insta salientar que, no tocante aos vencimentos e bens dos agentes públicos, estes têm direta relação com interesse público. Conforme cita o Ministro Ayres Britto, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 3.902:

> 14. O meu voto já se percebe. A situação dos agravantes cai sob a regência da 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade.
>
> 15. No tema, sinta-se que não cabe sequer falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo "nessa qualidade" (§ 6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. Estado que somente por explícita enunciação legal rimada com a Constituição é que deixa de atuar no espaço da transparência ou visibilidade dos seus atos, mormente os respeitantes àquelas rubricas necessariamente enfeixadas na

> lei orçamentária anual, como é o caso das receitas e despesas públicas. Não sendo por outra razão que os atentados a tal lei orçamentária são tipificados pela Constituição como "crimes de responsabilidade" (inciso VI do art. 85) (BRASIL, 2011b).

Ainda, no campo dos direitos humanos, reforça-se que a corrupção, fenômeno que se pretende reprimir com a medida em análise, é um modelo de conduta imensuravelmente nefasto, que traz consigo um arcabouço igualmente grande de reflexos violadores de todos os tipos de direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, principalmente a dignidade da pessoa humana (NUCCI, 2016, p. 106). Com o intento de melhor ilustrar a relevância da transparência de tais dados, basta lembrar da crítica de Bonavides à democracia representativa, quanto à legitimidade dos interesses dos governantes e do fato que os vencimentos dos servidores são estabelecidos em leis, editadas por eles mesmos. Se não houver controle popular quanto a isso, o que os impede de fazer valer o seu próprio interesse em detrimento de qualquer outro que seja mais relevante socialmente?

Oportunamente, o voto vencedor do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.649 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 695, traz pertinentes considerações a este mérito. Primeiramente, o Ministro ressalta a possibilidade do acesso e compartilhamento de dados pessoais dos cidadãos entre órgãos e entidades da administração pública federal, desde que respeitados os critérios legais específicos para tal, sendo o principal deles a presença do relevante interesse público. Além disso, o Ministro salienta a imprescindibilidade da extrema transparência da administração quanto aos autorizadores legais, nos mesmos parâmetros aqui investigados (inteligibilidade e facilidade de acesso) (BRASIL, 2022). Embora o referido julgamento se direcione ao tratamento de dados de particulares, externos ao Poder Público, os parâmetros eleitos pelo Ministro do Supremo são ligeiramente similares aos vistos até então, sendo que os titulares dos dados discutidos no bojo desta investigação são agentes públicos, o que, vale lembrar, faz presente o interesse social mencionado.

Assim sendo, os exemplos empíricos exaurem a função de demonstrar a extrema relevância da transparência para que se possa caminhar em sentido contrário à corrupção. É um assunto de contornos elementares no combate à corrupção sistêmica. E, ainda hoje, sob o manto de uma constituição que rege um Estado dito republicano, não são poucos os exemplos em que se atenta contra o princípio da transparência pública. Seus preceitos devem ser tonificados e seu respeito exigido mais incisivamente, de modo a construir uma ideia de reprovabilidade a seus óbices, tal quanto a qualquer outro atentado à democracia, como tortura de oponentes políticos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assunto ora trazido mostra-se de suma relevância para as bases republicanas de uma nação. Por esta razão, se pretendeu apurar qual a sua relevância para uma das lutas mais elementares que se trava no Brasil: a opressão à corrupção. E, com isso, entender qual o grau de importância da transparência nesta luta, o que pode ser aprimorado e em que medida ela deve aplicada para que se tenha um equilíbrio desejado entre utilidade e justiça.

Para tanto, buscou-se entender os fundamentos desse princípio e qual o seu papel na instituição de um Estado moldado em razão dos interesses de seu soberano: o povo. Nesse deslinde, viu-se que não há república ou democracia sem transparência do governo para com os seus governados, uma vez que aquele é só um prestador de serviços para melhor atender estes. Portanto, a transparência é critério *sine qua non* na organização de um governo e de uma máquina pública legítimos.

A partir desta premissa, primou-se pela análise da conjuntura da transparência no cenário da Administração Pública e em que medida deve ser respeitada para que se tenha oposição eficaz à cultura de corrupção do sistema público. Nesse ínterim, o estudo encontrou um posicionamento quase que unívoco, no sentido da necessidade da transparência. As bases doutrinárias, nacionais e internacionais, e até legislativas do país encontram acordo sobre a prevalência do interesse público ao interesse individual nesse aspecto. O que se pôde verificar, todavia, foi um lamentável desrespeito a estas premissas, pelo que se apregoa uma maior preeminência das normas de transparência, de modo, inclusive, a serem incorporadas à Constituição em maior grau possível. As únicas hipóteses de restrição a esse princípio devem estar lá previstas e devem ser *numerus clausus*. Não faltam exemplos para ilustrar os efeitos nefastos de se manter o funcionamento da administração coberto aos olhos do administrado. Portanto, é de vital importância que seja respeitada e potencializada a transparência da máquina pública, sempre buscando mostrar as nuances com maior grau de lucidez à população.

Portanto, além de constitucional, é necessária a veiculação de dados referentes à administração pública, tanto em relação aos seus processos, quanto aos seus agentes, visto o interesse social tão acentuado. Entretanto, ante a colisão de direitos fundamentais, quando ao se tratar de dados referentes aos agentes, é mister que sejam instituídos e observados rigorosamente critérios para o seu compartilhamento, tendo sempre por norte os limites do interesse social e a sua relevância. Diante de tais limitações, pode-se ter objetivamente que os limites da transparência pública são manifestos pelo limite de sua utilidade e, eventualmente, dos direitos individuais indisponíveis envolvidos, quando não preponderar o interesse público.

Por este estudo, pretendeu-se contribuir com a solidificação do papel da transparência em política de combate à corrupção, esclarecendo que a transparência deve ser primada

sempre que possível, como um direito de todos de ao menos saber sobre a atenção a seus próprios interesses e demais direitos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Muriel Emídio Pessoa do. Montagens doentes e perversas: a informação no governo Bolsonaro durante a pandemia do coronavírus. **Mediaciones Socieales.** Bauru, v. 19, p. 1-6, 2020. Disponível em: https://revistas.ucm.es/index.php/MESO/article/view/70289. Acesso em: 23 ago. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política:** a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências.

Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 25 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993.** Estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8730.htm. Acesso em: 25 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.649/DF.** Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 15 de setembro de 2022. Disponível em: https://images.jota.info/wp-content/uploads/2022/09/voto-adi-6649-e-adpf-695-1.pdf. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 3.902/SP.** Agravante: Sindicato dos Especialista de Educação Ensino Público do Município de São Paulo – Sinesp; Associação dos Engenheiros, Arquitetos e Agrônomos Municipais de São Paulo e Outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 09 de junho de 2011b. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628198. Acesso em: 02 set. 2022.

CRUVINEL, Marcello Nogueira. O Orçamento Secreto e a “(In) Transparência” Pública. **Revista Brasileira de Planejamento e Orçamento.** Brasília, v. 11, ed. esp., p. 75-81, jul. 2021. Disponível em: https://www.assecor.org.br/index.php/download_file/5078/7062/. Acesso em: 30 ago. 2022.

FILGUEIRAS, Fernando. Além da transparência: accountability e política da publicidade. **Lua Nova.** São Paulo, n. 84, p. 65-94, 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ln/a/3Z88sCrZZbTrnKy5SW6j6MK/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 15 ago. 22.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa.** ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GASPAR, Malu. **A Organização:** a Odebrecht e o esquema de corrupção que chocou o mundo. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

HAN, Byung-Chul. **La Sociedad de la Transparencia.** Tradução de Raúl Gabás. 1. ed. Barcelona: Herder, 2013.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Acesso à Informação:** Lei 12.527/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

HEINEN, Juliano. **Curso de Direito Administrativo.** 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

HOMERCHER, Evandro. O princípio da transparência e a compreensão da informação. **Revista Jurídica da Presidência.** Brasília, v. 13, n. 100, p. 375- 391, jul./set. 2011.

LEAL, Rogério Gesta. Criminalidade Governativa e a Corrupção como Entraves ao Desenvolvimento: algumas propostas jurídicas de enfrentamento. In: Handel Martins Dias; Anizio Pires Gavião Filho; Eduardo Andrés Velandia Canosa. (Org.). **Anais do IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional**: justiça constitucional e os direitos fundamentais de terceira dimensão. 1ed. Belo Horizonte, v. 1, p. 43-74, 2020

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade:** causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

LIMBERGER, Têmis; RITTER, Renée Cristina Herlin. A Lei de Acesso à Informação Pública e a decisão do STF na Repercussão Geral nº 483: o desencontro entre interesse público e vida privada dos servidores públicos. **Interesse Público.** Belo Horizonte, v. 19, n. 103, p. 79-98, maio/jun. 2017.

LIMBERGER, Têmis. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei de Acesso à Informação Pública (LAI): um diálogo (im)possível? As influências do direito europeu. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 281, n. 1, p. 113-144, jan./abr. 2022. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/85654/80834. Acesso em: 22 ago. 2022.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe.** Tradução de Lívio Xavier. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

MARTÍN, Javier de Lucas. Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicitad. **Anuario de Filosofía del Derecho.** Valencia, n. 7, p. 131-146, 1990. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142180. Acesso em 28/07/2022.

MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, José Emmanuel Buerle. **Direito Administrativo brasileiro.** 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OHLWEILER, Leonel Pires; CEDEMARTORI, Sérgio Urquart de. **Do segredo à transparência na administração pública:** os arcana imperii e o direito ao acesso à informação. Canoas: Editora Unilasalle, 2018.

SCHMITT, Carl. **Catolicismo Romano e Forma Política.** Tradução de Alexandre Franco de Sá. 1. ed. Lisboa: Hugin, 1998.

SPECHOTO, Caio. Arthur Lira não consegue acordo e tira PEC da imunidade da pauta. **Poder 360.** Brasília, 26 fev. 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/congresso/arthur-lira-falha-em-conseguir- acordo-e-tira-pec-da-imunidade-da-pauta/>. Acesso em: 10 ago. 2022.

VINHAL, Gabriela. O que é 'orçamento secreto', verba usada em esquemas suspeitos de corrupção. **UOL Notícias.** Brasília, 08 ago. 2022. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/08/08/orcamento- secreto-fraudes-governo-bolsonaro.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

INTERDIÇÃO E TOMADA DE DECISÃO APOIADA, BREVE ANÁLISE

Data de aceite: 01/12/2023

Erika Lemos de Oliveira Vasconcelos
Acadêmica do Curso de Direito/2° Semestre, Faculdade PRIME

Francisco Cavalcante de Vasconcelos
Acadêmico do Curso de Direito/2° Semestre, Faculdade PRIME

Eduardo Brandão
Advogado – OAB/MS 16.287. LLM em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, Mestrando em Direito pela Must University, Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas, Especialista em Direito Eleitoral pelo INSTED/MS

RESUMO: Longevidade é disparado um dos maiores sonhos da humanidade, desejo de viver mais e melhor. Porém, esse sonho, implica que a sociedade também reflita sobre o que fazer com os anos que acabam por aumentar a expectativa de vida dos indivíduos. Carlos Drummond de Andrade disse: *"Há duas* épocas *na vida, infância e velhice, em que a felicidade está em uma caixa de bombons. "*. Não iremos avaliar a felicidade contida na infância, mas iremos nos debruçar sobre elementos que podem ajudar a pessoa idosa a alcançar uma vivencia tranquila, feliz e com dignidade. A Constituição Federal no Título dos Direitos Fundamentais, no Capítulo Do Direito à Vida, Art. 9° diz: " É obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições *de dignidade. "* O texto constitucional é amplo na caracterização dos aspectos a serem protegidos, devendo o mesmo ter sua garantia de execução efetivada mediante a criação de instrumentos jurídicos que tornem possível existência e utilização dos mesmos. A Interdição é mais amplamente utilizada quando se trata da pessoa idosa, porém, gradativamente vem crescendo o conhecimento, o acesso e a utilização do instrumento Tomada de Decisão Apoiada.

PALAVRAS-CHAVE: longevidade. Dignidade. Pessoa idosa. Instrumentos jurídicos.

ABSTRACT: Longevity is one of humanity's biggest dreams, the desire to live longer and better. However, this dream implies that society also reflects on what to do with the years that end up increasing the life

expectancy of individuals. Carlos Drummond de Andrade said: “There are two times in life, childhood and old age, when happiness is in a box of chocolates.” We will not evaluate the happiness contained in childhood, but we will focus on elements that can help the elderly to achieve a peaceful, happy and dignified experience. The Federal Constitution in the Title of *Fundamental Rights, in the Chapter On the Right to Life, Art. 9 says: “It is the State’s obligation* to guarantee the protection of life and health to the elderly, through the implementation of public social policies that allow healthy aging and in conditions of dignity.” The constitutional text is broad in the characterization of the aspects to be protected, and it must have its guarantee of execution effected through the creation of legal instruments that make possible the existence and use of them. Prohibition is more widely used when it comes to the elderly, however, knowledge, access and use of the Supported Decision Making instrument has gradually increased.
KEYWORDS: Longevity. Dignity. Elderly. Legal instruments.

INTRODUÇÃO

É consenso entre os estudiosos das diversas áreas que a expectativa de vida tem aumentado gradativamente e, proporcionar melhor qualidade de vida, ou seja, viver mais e melhor é o caminho pelo qual as mais diversas áreas de estudos se dedicam nos tempos atuais. Porém, múltiplos estudos evidenciam a problemática que as pessoas idosas já vinham enfrentando nas décadas anteriores (utilizar-se-á um marco temporal recente para que possamos delimitar a problemática e seus desdobramentos sociais para o ser humano que ultrapassou a idade dos 60 anos) e, na atualidade pós-pandemia, ficou evidenciada de forma mais clara as necessidades desse período da vida humana. A longevidade não é a resposta e sim um aspecto que apresenta à sociedade atual outros desdobramentos com a qual a mesma deverá se debruçar para resolver. Novos desafios são apresentados à sociedade quando se trata da questão viver mais. A crise sanitária recente, Covid-19 e o consequente afastamento social, acabou por concretizar e aumentar as dificuldades que a pessoa idosa enfrenta, impactando diretamente na qualidade de vida desse público.

O presente estudo se dedica a analisar, a luz do Princípio da Dignidade Humana, assegurado na Constituição Federal, dois instrumentos jurídicos que são utilizados com a pessoa idosa e que em um dos dois possui maior garantia de participação da pessoa idosa em decisões que envolvem a própria vida. Um dado relevante que deve ser considerado ao fazer as observações e analises necessárias para iniciar uma discussão, é que estamos realizando a pesquisa de forma bibliográfica, ou seja, analisar o texto jurídico com o apoio de estudiosos e doutrinadores, para após escrever acerca instrumentos que se apresentam como alternativas.

BREVE ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO BRASILEIRO

O que é princípio? Uma breve reflexão e nos vem à mente o início de algo, aquilo que vem antes, a causa, o começo e, um pouco mais elaborado, podemos chegar ao conceito de preceitos norteadores da conduta do ser humano e da sociedade.

Uma simples pesquisa, seja na rede mundial de computadores ou em dicionário físico, é possível encontrar um conceito do vocábulo *princípio*, sendo este significado, um norte para iniciarmos a breve análise dos princípios norteadores do Direito Brasileiro. A significação do mesmo traz, de maneira geral, os princípios, como sendo um conjunto de normas ou padrões de conduta, a serem seguidos por uma pessoa ou instituição. A origem do termo se encontra no latim *principium,* sendo causa próxima, origem ou início. São pontos iniciais a serem considerados. Para entendermos e explicitarmos melhor a profundidade do termo, traremos duas citações para apoiar o viés que o texto pretende desenvolver nesse tópico.

No entendimento de Luís Roberto Barroso:

> "(...) são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, com seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. " (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 147).

Segundo Miguel Reale:

> "Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validez de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários". (REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11° ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p 60).

Nesse sentido, é certo dizer que os princípios são valores implícitos ou explícitos na Carta Constitucional do Brasil, e que, é mais certo ainda afirmar que esses princípios orientam a aplicação do direito como um todo, sendo estes, aplicados em todas as áreas do direito.

Quando voltamos o olhar para os princípios constitucionais, é quase que inerente a pergunta acerca de que quais são os mais importantes e onde são aplicáveis no Direito Brasileiro. Seria necessário um aprofundamento detalhado e ampla fundamentação filosófica/conceitual para ancorar um estudo mais apropriado sobre o tema.

Sinteticamente, citaremos alguns que se relacionam de forma direta ou indireta com nosso objeto de estudo.

Os princípios constitucionais aplicados ao Direito Constitucional presentes no art 1°, são: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político.

Os princípios constitucionais aplicados ao Direito Administrativo, previstos no art. 37 da Constituição Federal, são eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência.

Estão presentes ainda no texto constitucional os princípios aplicáveis ao Direito Processual, os princípios aplicáveis ao Direito Tributário, ao Direito Penal, à Seguridade Social.

Um tópico interessante e pertinente são os Princípios Sensíveis, sendo estes aqueles que infringidos ensejam a mais grave sanção que se pode impor a um Estado Membro da Federação: a intervenção, retirando-lhe a autonomia organizacional, que caracteriza a estrutura federativa. Estão elencados no art. 34, VII, alíneas a até a e, da Constituição Federal.[1]

> Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
>
> (...)
>
> VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
>
> a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
>
> **b) direitos da pessoa humana;**
>
> c) autonomia municipal;
>
> d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;
>
> e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (grifo nosso).

Em suma, os princípios protegem valores considerados como imprescindíveis não apenas para a vida em sociedade como também para a própria sociedade, devendo eles irradiar por todas as normas do ordenamento. Dessa forma, devemos observar o que diz Manzato acerca dos princípios.

> Sobre os princípios (...) "agasalham valores e possuem uma ação irradiante sobre o sistema constitucional, como fundamento das regras e como elemento de ligação dos componentes do sistema. Podemos dizer que os princípios possuem uma textura aberta, capaz de absorver os valores mais caros existentes na sociedade e, por isso, escolhidos para serem preservados e disseminados por todo ordenamento jurídico, iniciando-se pelo próprio sistema constitucional, ***habitat*** natural dos princípios." (MANZATO, Maria Cristina Biazão. A constituição como sistema de princípios e regras. In. Revista de Direito Constitucional, vol. 52, p. 149, jul./2005).

1 https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2053178/o-que-se-entende-por-principios-sensiveis-na- constituicao-federal-rodrigo-marques-de- oliveira#:~:text=Princ%C3%ADpios%20sens%C3%ADveis%20s%C3%A3o%20aqueles%20que,a%20a%20e%2C%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal. (Acesso 20/05/2023).

Diante do arcabouço conceitual exposto, coloca-se de grande importância acolher o argumento que o direito a Educação é um direito social de todos descrito no Art. 6° da Constituição Federal, sendo esta não apenas o exercício da atividade, mas o seu oferecimento de forma pública e no seu aspecto mais importante, ser efetivada com qualidade.

Até o momento trabalhamos nesse item os princípios constitucionais que refletem, resguardam e abarcam o Direito Brasileiro. São regras que, embora não estejam escritas, servem como mandamentos que informam e dão apoio ao direito, utilizando-os como peça fundante e base para criação e integração das normas jurídicas, respaldados pelo ideal de justiça.

Então, o leitor pode estar se perguntando acerca dos princípios do próprio direito. São eles:

- Princípio do Devido Processo Legal;
- Princípio do Direito de Ação;
- Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa; e
- **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.**

Notemos que o princípio que diz respeito ao indivíduo se faz presente na Carta Constitucional e no Direito Brasileiro de forma implícita e explicita. A questão da dignidade da pessoa humana permeia toda discussão que ora levantamos acerca da pessoa idosa . Reconhecer a dignidade da pessoa humana implica tomar o indivíduo como o que há de mais importante socialmente e não o tratar como mero elemento de um contexto.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é um conceito ancorado na filosofia que possui abstração e que determina o valor intrínseco da moral, da espiritualidade e da honra de todo indivíduo. O ser humano é protegido em seu valor independente da maneira que se apresenta diante da situação circunstancial.

Com apoio de outra ciência e que possui relevante valor no conhecimento humano, a História, vamos entender as bases do Iluminismo para posteriormente compreender a influência desse movimento no princípio que ora nos dedicamos a discorrer.

O Iluminismo foi um movimento intelectual, filosófico e cultural que surgiu durante os séculos XVII e XVIII na Europa. Esse movimento pregava maior liberdade econômica e política, defendia o uso da razão em oposição ao antigo regime, o Absolutismo. Esse regime centrado na figura do rei, onde este se sustentava no luxo pago pelos impostos de classes inferiores. O nome Iluminista provém do fato de que seus defensores, filósofos e economistas se auto intitulavam propagadores da luz e do conhecimento. As ideias que se espalharam pela Europa nesse período promoveram mudanças no âmbito do campo

político, econômico e social.

Trazer a luz da razão era a principal motivação para os pensadores iluministas que desejavam desvincular-se do poder da Igreja Católica e da monarquia absolutista, usando como instrumentos o uso da ciência e da razão, bem como praticar economia e política com maior liberdade. No pensamento Iluminista o caminho para se chegar a Deus era a razão, dessa forma, embora questionassem o domínio religioso, não eram ateus.

Principais características do Iluminismo:

- A razão era considerada o fator primordial e legítimo para o alcance da verdade e do conhecimento;
- Avanço da ciência;
- Ignorava qualquer crença religiosa que fosse contrária à evidência científica;
- Oposição ao Mercantilismo, ao Absolutismo, as vantagens da igreja católica e da nobreza;
- Defesa de maior liberdade política e econômica (sem interferência do Estado);
- Alguns cientistas acreditavam que a natureza era capaz de explicar o comportamento da sociedade;
- Predomínio da burguesia;
- Deus está presente na natureza e no próprio homem;
- O questionamento das coisas e das verdades era valorizado, também era imprescindível realizar a investigação com o objetivo de ampliar o conhecimento sobre a política, economia e sociedade.

Os principais pensadores que influenciaram o Iluminismo foram:

- John Locke (1632-1704)
- Voltaire (1694-1778)
- Jean-Jacques Rousseau (1712-1778)
- Montesquieu (1689-1755)
- Denis Diderot (1713-1784)
- Adam Smith (1723-1790)

No Brasil, os ideais Iluministas chegaram no século XVIII. Estudantes brasileiros oriundos das classes mais altas da sociedade ao estudarem em universidades europeias entravam em contato com o pensamento nascente dos pensadores e retornavam ao Brasil, após os estudos, trazendo na bagagem acadêmica a influência dos pensadores. As divulgações desses pensamentos ocorriam especialmente nos centros urbanos.

O movimento em que mais pode ser notado a influência dos pensadores iluministas no Brasil foi a Inconfidência Mineira (1789), um dos movimentos mais importantes e de

repercussão mais contundentes na história política brasileira. A luta pela liberdade tinha como foco a opressão do governo português durante o período colonial.

O iluminismo e seus ideais chegou até os inconfidentes através dos estudantes que foram para Europa efervescente, com a influência dos pensamentos dos filósofos e pensadores.

Apesar dos inconfidentes não obterem sucesso em seu intento, os ideais iluministas conquistaram maior difusão entre as camadas da sociedade brasileira.

Dessa forma conseguimos completar o liame histórico para afirmar que os ideais iluministas foram de fundamental importância para a formação política do Brasil.

Retornemos ao tema Princípio da Dignidade Humana. Diante do contexto social na Europa, das características, dos pensadores, do movimento nascente no Brasil e a propagação das ideias do Século das Luzes, não há dúvidas em afirmar que esse princípio sofre influência contundente do pensamento Iluminista dos séculos XVII e XVIII.

O debate em torno desse princípio é algo constante e o faz um tema controverso. Se por um lado temos o seu nascimento histórico e suas bases bem definidas no período temporal, por outro lado, seu viés filosófico é tema de constantes debates. A abstração e a filosofia acabam por esvaziar sua aplicação prática e material. No direito, esse princípio possui status de ser o mais importante do ordenamento jurídico brasileiro, permeando toda a sua aplicação, fazendo dele objeto de amplas discussões.

Na Constituição Federal, o princípio da dignidade humana se encontra no artigo 1°, em seu inciso III:

> Art. 1° A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui- se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I – a soberania;
>
> II – a cidadania;
>
> **III – a dignidade da pessoa humana;**
>
> IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
>
> V – o pluralismo político. (grifo nosso)

Nesses termos, é importante ponderar que se esse princípio se coloca no texto constitucional em seu início, significa dizer que todas as outras legislações terão necessariamente que contemplar a dignidade da pessoa humana para sua efetivação.

Exemplificando o alinhamento das outras legislações à Carta Magna, descrevemos aqui o Art. 8° do Código de Processo Civil (2015):

> Art. 8° Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e **promovendo a dignidade da pessoa humana** e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. (grifo nosso).

Dessa forma, é possível observar que o princípio da dignidade humana tem grande importância no ordenamento jurídico e guarda em seu bojo a defesa social além da defesa do ser humano, sendo ele o fundamento do Estado Democrático de Direito (art 1°, III, CF) e garantias das necessidades vitais para o indivíduo.

Nas palavras de MORAES (2011, p.60), "a dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito das demais pessoas. "

A dignidade da pessoa humana, presente em nossa Carta Magna, ultrapassa o conceito de princípio, sendo dessa forma um fundamento constitucional, servindo de guia para o ordenamento jurídico.

INTERDIÇÃO

Mais amplamente utilizada no meio jurídico quando se trata dos idosos e da dependência que a idade traz, pode ser assim caracterizado: É um ato judicial pelo qual se declara a incapacidade que determinado indivíduo, no caso, pessoa idosa, natural, maior, de praticar certos atos da vida civil. Está regulada nos artigos 1.768 a 1.778 do Novo Código Civil (Lei n° 10.406/02). A interdição judicial mais comumente conhecida como interdição de idosos é um elemento jurídico pelo qual se determina que uma pessoa idosa está incapaz em relação aos atos patrimoniais da própria vida civil. Quando se determina a interdição, nomeia-se um curador que tem a função de executar atos em nome da pessoa curatelada ou interditada. A interdição é entendida como uma forma de "ajuda" a pessoa idosa no sentido de atuar para manter o patrimônio seguro. O pensamento do legislador ao elaborar esse instrumento é que o beneficiário é sempre a própria pessoa interditada, nunca o seu curador ou qualquer outro indivíduo interessado, devendo-se ter a certeza de que o Estado agirá através do mecanismo legal para promover a rede de proteção da pessoa interditada.

É importante ressaltar que a legislação coloca as condições necessárias para que a interdição se efetive. Ser pessoa idosa não significa perda da capacidade civil, dessa forma, a pessoa para ser interditada precisa enquadrar-se em uma das três situações previstas em lei: impossibilidade de manifestar sua vontade, a ebriedade eventual, vício em tóxico ou o fato de ser pródigo. É bem recorrente o pensamento de que a idade avançada acarreta perda de capacidade civil, dificuldades de expressão da própria vontade ou dificuldades transitórias ou permanentes, todavia deve-se lembrar que todas essas situações devem ser comprovadas com laudo médico que comprove as dificuldades afirmadas ao se dar entrada no pedido de interdição.

Em suma, a interdição surge como um elemento jurídico capaz de resolver problemas que surgem com o avanço da idade em contraponto com a redução da capacidade do indivíduo em relação aos atos da vida civil.

TOMADA DE DECISÃO APOIADA

A já mencionada longevidade do ser humano trouxe indivíduos que envelheceram, ou seja, avançaram na idade, porém, não se aposentaram de si mesmos, continuam elaborando projetos de vida, trabalhando, dançando, cantando, estudando, amando e realizando muitas outras atividades que antes não se imaginavam fazendo na idade em que se encontram atualmente, ou seja, são indivíduos ativos.

A tomada de decisão apoiada surge como um elemento novo no meio jurídico. Pesquisas apontam que ainda é uma solução pouco utilizada, em outros termos, pode-se dizer que poderia ser mais empregada com a pessoa idosa, uma vez que, ela se pauta em uma relação de confiança entre o apoiado e os apoiadores e estabelece os limites do apoio, sendo um dos pilares principais desse elemento, a vontade do apoiado.

Estudando o contexto em que surgiu a tomada de decisão apoiada, foi possível identificar a tomada de decisão apoiada é uma solução nova, inspirada no direito italiano, em que o protagonismo será sempre da pessoa com deficiência. Aqui, deve prevalecer a sua vontade sem a necessidade de que um terceiro decida por ela. A Lei 13.146/2015 (LBI), introduziu o art. 1.783-A no nosso Código Civil, consagrando o instituto da tomada de decisão e seu rito especial.

> Art. 1783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar- lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo- lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade."

Chegar a velhice e morte não devem ser assuntos interditados nas conversas, devem ser discutidos, estudados e cercados de melhores proposições para que com as garantias necessárias possam possibilitar ao indivíduo a melhor vivência possível dessa fase da vida. Diante disso, estudar os instrumentos que são possibilidades para auxiliar o indivíduo é de grande relevância, uma vez que o Estado é o garantidor da Dignidade Humana, o mesmo possui maneiras de assegurá-la em todas as fases da vida. A escolha da melhor opção somente será possível com estudos específicos dos instrumentos possíveis. O Direito é uma ciência dinâmica e o estudo continuo eleva cada vez mais o nível de cuidado adequado e digno ao ser humano.

A tomada de decisão apoiada na prática é um procedimento judicial na qual o próprio indivíduo indica seus apoiadores, sendo eles de sua confiança, para auxiliá-lo em determinados atos da vida civil. Em se tratando de relação de confiança, o apoiado indica àqueles com os quais possui vinculo estabelecido. Os limites do apoio, a vigência da medida e os compromissos assumidos pelos apoiadores ficam constantes no pedido de homologação judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Interdição ou Tomada de Decisão Apoiada? É necessário que se pontue que os dois instrumentos possuem características diferentes e atuam em situações específicas. Os dois instrumentos decorrem de um processo judicial, porém as diferenças são consideráveis. Um deriva da eleição de pessoas idôneas e de confiança do apoiado para que lhe prestem apoio na vida civil, sendo este a Tomada de Decisão Apoiada, o outro instrumento resulta de um comprometimento cognitivo, sendo que, para que aconteça a propositura do mesmo há a necessidade de laudos comprovando o comprometimento para o exercícios de atos da vida civil. Todavia, é importante ressalvar que os dois instrumentos existem para ajudar o Estado no exercício de proteção do indivíduo.

Atualmente o indivíduo vem gradativamente assumindo o protagonismo da própria história. O indivíduo que hoje é uma pessoa idosa (legalmente definido estar com mais de 60 anos), pertence a geração que nos anos 1960 e 1970 iniciou uma revolução comportamental. Esse indivíduo tem aspirações e desejos diferentes das pessoas idosas de algumas décadas atrás. Nesse sentido, é de suma importância que a ciência jurídica evolua, estude, proponha e busque alternativas que resguardem em todas as fases da vida humana a dignidade de existir e de existir dignamente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. A Lei 10.741. **Estatuto da Pessoa Idosa**. 2003.

Diniz, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**.39ª edição. São Paulo. SaraivaJur, 2022 (v. 1)

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**.

BRASIL. **Lei Brasileira de Inclusão** – LBI .Lei Federal n° 13.146/2015.

CAPÍTULO 3

O DIREITO DO CONSUMIUDOR NO ÂMBITO DAS COMPRAS ONLINE

Data de aceite: 01/12/2023

Aline de Sousa Neres
Graduanda em Direito do Centro Universitário do Norte – UNINORTE, Manaus (AM), Brasil

Hully Thayane Mendonça de Oliveira
Graduanda em Direito do Centro Universitário do Norte – UNINORTE, Manaus (AM), Brasil

Katia Almeida da Silva
Graduação em Direito, pós-graduação em Direito Público pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA, Docência do Ensino Superior pela Universidade Nilton Lins e Professora Orientadora do Centro Universitário do Norte – UNINORTE, Manaus (AM), Brasil

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo a analisar a responsabilidade que é cabível ao fornecedor nas relações de consumo, ou seja, busca-se aferir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos virtuais que versam sobre relação de consumo. Trata-se de temática relevante, haja vista o grande número de contratações através da rede mundial de computadores, seja pela facilidade de acesso, seja pela diversidade de produtos e serviços a que tem acesso o consumidor na atualidade. Logo, os contratos virtuais, mormente os decorrentes de compras online, tornam-se uma realidade e clamam a aplicação das normas consumeristas para que se assegure ao consumidor os direitos contemplados na legislação brasileira. Constata-se que embora o Código de Defesa do Consumidor não seja explícito quanto à sua aplicação ao comércio eletrônico, existe diploma legal que o regulamente nesse sentido.

PALAVRAS-CHAVE: Aplicabilidade. CDC. Contratos Virtuais. E-commerce. Internet.

THE CONSUMER LAW IN THE CONETEXT OF ONLINE SHOPPING

ABSTRACT: This work aims to analyze the responsibility that is applicable to the supplier in consumer relations, that is, it seeks to assess the application of the Consumer Protection Code to virtual contracts that deal with consumer relations. This is a relevant topic, given the large number of contracts made through the World Wide Web, either because of the ease of access, or because of the diversity of products and services that consumers currently have access to. Soon, virtual contracts, especially those arising from online purchases, become a reality and

call for the application of consumer standards to ensure the consumer the rights contemplated in Brazilian legislation. It appears that although the Consumer Protection Code is not explicit as to its application to electronic commerce, there is a legal diploma that regulates it in this sense.
KEYWORDS: Applicability. CDC. Virtual Contracts. E-commerce. Internet.

INTRODUÇÃO

Com o avanço da internet a forma de aquisição de produtos e serviços sofreu grande evolução. A cada momento surgem diversos meios para se atingir o público-alvo, sendo que o comércio eletrônico brasileiro vem obtendo um crescimento de forma exponencial ano após ano, conquistando mais adeptos em função da comodidade e conveniência que proporciona a seus usuários, resultado este de um ambiente que aparenta ser amigável e seguro ao consumidor.

Em meio a esse cenário os contratos virtuais ganham relevo, principalmente porque há uma gama de produtos e serviços à disposição do consumidor, bastando um “clique” para se consolidar uma relação de consumo. Porém, os contratos através da internet ainda geram insegurança, o que justifica a discussão acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações consolidadas através da rede mundial de computadores, mormente as compras online.

Contudo, até se alcançar o cenário atual um longo caminho foi percorrido, o que se deve a poderosas ferramentas de controle e regulamentação introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais se destacam a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e o Decreto nº 7.962/2013 (que regulamenta o CDC no que tange especificamente o comércio eletrônico), por exemplo.

De fato, com a crescente expansão dos recursos de internet, milhões de novos usuários passaram a ter acesso ao ambiente de compras virtuais e contratos passaram a ser firmados através da rede mundial de computadores. Contudo, há situações em que o consumidor se vê lesado, justificando a análise da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos firmados através da internet.

Desta feita, dar-se-á seguimento ao presente estudo pautando-se no seguinte problema: como pode ser descrita a responsabilidade do fornecedor nas relações de consumo?

É nesse cenário que se situa o presente estudo, que tem por objetivo analisar a responsabilidade que é cabível ao fornecedor nas relações de consumo, ou seja, averiguar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos virtuais que versam sobre relação de consumo. Como objetivos específicos busca-se analisar as relações de consumo digitais atualmente; tratar sobre a relação de consumo que se dá entre consumidor e fornecedor nesse cenário; analisar a responsabilidade do fornecedor à luz do Código de Defesa do Consumidor; explicar a responsabilidade do fornecedor, esclarecendo as hipóteses em que responde objetivamente, com base no referido diploma legal.

Desta maneira, metodologicamente a pesquisa se classifica como hipotético-dedutiva, quanto a abordagem do problema principal, e explicativa afim de melhor demonstrar a situação atual, pautando-se no levantamento bibliográfico, pois se busca na doutrina, legislação, artigos, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do tema.

AS RELAÇÕES DE CONSUMO NO MUNDO VIRTUAL

A primeira questão a ressaltar, é que para qualquer negócio jurídico se concretize faz-se necessários elementos do Direito Contratual, ou seja, o contrato é a fonte das obrigações. Por isso, para compreensão do problema de pesquisa, faz-se necessário abordar o contrato virtual como meio de efetivação do comércio eletrônico, também denominado de e-commerce, o que se passa a fazer neste ponto.

O comércio eletrônico é, sem dúvida alguma, um grande avanço no que toca a abertura do mercado, já que rompeu com limitação temporal e espacial. Por isso Tellini (2006, p. 46) define com e-commerce como "[...] toda a atividade que compreende intercâmbio eletrônico de dados", e acrescenta que "vista sob esta ótica, a noção de comércio eletrônico compreende todos os contratos celebrados por meio eletrônico".

Por sua vez, Finkelstein (2004) define o e-commerce como uma modalidade de compra a distância, consistente na aquisição de bens ou serviços através de equipamentos eletrônicos, evolução proporcionada pelo ciberespaço, que fez surgir um cenário virtual paralelo ao mundo físico, permitindo o acesso a produtos em qualquer localidade.

Marques (2019, p. 38-39), ao tratar do tema, apresenta um conceito mais complexo, que merece aqui ser transcrito:

> Podemos definir o comércio eletrônico de uma maneira estrita, como sendo uma das modalidades de contratação não-presencial ou à distância para a aquisição de produtos e serviços através de meio eletrônico ou via eletrônica. De maneira ampla, podemos visualizar o comércio eletrônico como um novo método de fazer negócios através de sistemas e redes eletrônicas. Lato sensu, pois, o comércio eletrônico abrangeria qualquer forma de transação ou troca de informação comercial ou visando a negócios, aquelas baseadas na transmissão de dados sobre redes de comunicação como a Internet, englobando todas as atividades negociais, juridicamente relevantes, prévias e posteriores à venda ou à contratação.

De fato, o aumento das possibilidades de compras virtuais pode ser considerado, como aponta Finkelstein (2004), como um dos principais responsáveis pelo risco no e-commerce, seja pela facilidade de compra e diversidade de produtos disponibilizados, seja pela inexistência de contato direto entre consumidores e fornecedores.

A esse cenário some-se a facilidade de circulação de informações, atinentes à sua própria estruturação virtual, já que tais informações podem circular livremente no espaço virtual, otimizando a atividade comercial, sem contar o marketing e a publicidade facilitados, pois as informações vão ao encontro do pretenso consumidor, seja por e-mails,

por catálogos virtuais, ou propagandas difundidas em sítios eletrônicos de diversos setores, sem sequer serem necessárias as buscas de tais informações.

Não há como negar, portanto, que a virtualização é um fenômeno que atingiu os mais diversos segmentos, em especial as atividades comerciais, instigando o indivíduo a, por exemplo, "desejar" um produto antes mesmo de ser concebido, fabricados ou montados (Teixeira, 2015).

Acontece que a coexistência dos mundos virtuais e físico acaba por tornar as relações comerciais ainda mais complexas, o que, somado ao alto número de pessoas conectadas diariamente a rede mundial de computadores, e ao fenômeno da globalização, cria uma série de riscos aos negócios efetivados no mundo virtual.

RELAÇÃO DE CONSUMO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Duas são as formas principais de concretização dos contratos eletrônicos, como disserta De Lucca (2008), para quem os contratos, no "mundo eletrônico" podem ser celebrados por e-mail ou celebrados por "click" ou "clique". Independentemente da espécie adotada, segundo o autor, o contrato apresenta elementos jurídicos aplicáveis a qualquer um deles. Assim, classifica os contratos com objeto informático (contratos informáticos) e os contratos que têm o computador e uma rede de comunicação como suportes para a sua celebração (contratos telemáticos).

Os primeiros, ou seja, os contratos informáticos são aqueles negócios jurídicos celebrados pela forma eletrônica, que têm por objeto produtos eletrônicos, tais como programas de computador, ou serviços prestados de forma eletrônica. A segunda modalidade, por sua vez, tem por objeto qualquer bem ou serviço, sendo caracterizado como eletrônico pelo instrumento utilizado (meios de comunicação + computador) (De Lucca, 2008). Nessa segunda modalidade, ou seja, no rol dos contratos telemáticos é que se insere o comércio eletrônico, as compras online, enfim, toda e qualquer modalidade de aquisição de bens e serviços através da rede mundial de computadores.

Independentemente da classificação alhures, Teixeira (2015) aponta que a Internet comporta quatro características básicas, que a distingue dos demais meios de comunicação, quais sejam: a) é uma rede aberta, visto que qualquer um pode ter acesso a ela; b) é interativa já que o usuário gera dados, navega e estabelece relações; c) é internacional, no sentido de que permite superar as barreiras nacionais; e d) há uma multiplicidade de operadores. Por isso, segundo o autor, os contratos concretizados através da rede mundial de computadores se revestem de peculiaridades e clama, dos estudiosos, uma especial atenção.

Também é característica comum aos contratos efetivados por meio eletrônico, seja por e-mail ou cliques em páginas da Internet, é a questão relativa aos custos de transação, elemento de grande relevo para a decisão de o comerciante ofertar seus produtos e serviços

por meio na rede mundial de computadores. Todavia, ao optar por negociar na Internet, o fornecedor deve estar ciente dos riscos que também integram o custo de transações eletrônicas, que embora apresentem vantagens consideráveis se comparadas com os demais meios de contratação, podem apresentar riscos aos contratantes, geralmente, ao consumidor, como se verá oportunamente.

Anote-se, ainda, que os contratos celebrados por e-mail são aqueles negócios jurídicos equiparados aos pôr correspondência, já que o correio eletrônico nada mais é que uma versão eletrônica da simples correspondência.

Situação complexa, no que toca os contratos eletrônicos celebrados por meio de e-mails, é determinar o exato momento da recepção da mensagem envolvida na negociação, motivo pelo qual Diniz (2014) propõe se considerar a mensagem como recebida quando o provedor envia o arquivo para o usuário, ônus este que é do fornecedor do bem ou serviço em caso de dúvidas acerca da efetivação ou não do negócio jurídico.

Acontece que o e-mail é dotado de grande fragilidade, ou seja, as informações contidas nele podem facilmente serem alteradas, quer no computador e que foi digitado, quer no servidor a que está conectado, ou mesmo por computadores diversos, não apresentando a segurança necessária que se espera ao mundo jurídico (De Lucca, 2008).

No que toca a segunda espécie de contratos eletrônicos, denominados contratos por clique, são aqueles que se concretizam através de um simples "aceitar" exibida no website do fornecedor. Logo, não há como negar que se trata de uma forma particular de contratação, tanto que Lopes Júnior (2017) considera que no e-commerce o contrato gerado é fechado com o "click do mouse", e por isso podem ser considerados contratos tipicamente de adesão, pois ao consumidor é vedada a discussão de qualquer cláusula.

Isso se deve porque esta modalidade de contratação geralmente se concretiza por uma sequência de passos, que vai desde a escolha do produto, envolvendo o cadastramento do cliente, a escolha pela forma de pagamento, e a consequente finalização da compra. E, se o pagamento se der por meio de cartão de crédito, após o clique estará convalidada a compra realizada pelo consumidor; acaso seja por meio de boleto bancário, será concretizado após o pagamento do mesmo.

Segundo Teixeira (2015), os contratos por clique têm sua validade baseada no ato de pressionar a tecla de aceitação, pelo usuário, e a dificuldade principal se encontra no fato de inexistir registro algum de tal ato, ao contrário do que ocorre nos contratos impressos em papel.

Acrescenta o autor, ainda, que essa modalidade de contrato vem se tornando a regra na atualidade, e é admissível com base no costume negocial e na conduta das partes, Teixeira (2015), não podendo o Poder Judiciário ignorar suas peculiaridades quando chamado a apreciar conflitos de interesses relacionados à contratação eletrônica.

Por fim cumpre trazer à baila os ensinamentos de Santolim (2015), que afirma ser o contrato por clique a representação virtual mais fiel em relação à prática do comércio

tradicional, consubstanciada na retirada do consumidor dos estabelecimentos físicos para o estabelecimento virtual, seja pela imediatidade da oferta e aceitação, seja pela reprodução virtual de um cenário comum, sendo uma verdadeira mudança de paradigmas nas transações comerciais.

DISCIPLINA DO COMÉRCIO ELETRÔNICO E A APLICAÇÃO DO CDC

O comércio eletrônico, ou e-commerce, principal forma de contratação virtual, é caracterizado por toda a venda de produtos ou serviços, sejam eles virtuais ou não, que ocorra por meio da Internet. Como bem exemplifica Coelho (2015), engloba “a aplicação financeira feita no home-banking, a compra do supermercado realizado pela rede mundial de computadores, a de flores no website da floricultura etc. A natureza do bem ou serviço negociado não é relevante na definição do comércio eletrônico”. Ou seja, o que caracteriza o e-commerce é a transmissão eletrônica da declaração de vontades, e não a natureza do bem ou serviço adquirido. Com a facilitação do acesso à Internet e a massificação do uso de smartphones, o crescimento das vendas on-line se deu de forma ainda mais significativa nos últimos anos.

Segundo dados divulgados do Observatório de Comércio Eletrônico, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços, o comércio eletrônico digital cresceu 20% em 2022, em relação ao ano anterior. Foram movimentados R$ 187,1 bilhões em 2022, ante a R$ 155,7 bilhões em 2021. O e-commerce movimentou R$450 bilhões em operações de compra e venda nos últimos 3 anos. Em razão disso, os investimentos em experiência de compra dos consumidores por websites e aplicativos é cada vez mais alto, e o e-commerce não é mais visto como um canal opcional de vendas, e sim uma necessidade em termos de competitividade e estratégia corporativa.

Com relação aos custos da operação, manter um estabelecimento virtual Coelho (2015) é, em regra, menos custoso para o empreendedor do que manter um estabelecimento físico. A manutenção de uma loja em um Shopping Center, por exemplo, exige o pagamento de aluguel, de funcionários, taxa de condomínio, entre outros gastos fixos bastante altos. O comércio eletrônico, por sua vez, tem na logística a sua maior despesa, Oliveira et. al. (2018), mas ainda assim “[...] a gestão on-line da cadeia produtiva constitui uma poderosa ferramenta competitiva, permitindo a redução de estoques e a aceleração dos ciclos de produção” (Tigre; Dedrik, 2013, p. 392).

A integração do e-commerce com o varejo tradicional proporcionou o surgimento do que hoje é denominado no mercado como “varejo multicanal”, que consiste no processo de “estabelecer relacionamentos com o cliente e atendê-lo onde, quando e como ele quiser” (Hobaika; Borges; Souza, 2014, p. 123). Em vez de identificar os canais como concorrentes entre si, a combinação de diversos meios de vendas e comunicação (lojas físicas, e-commerce, quiosques, redes sociais, etc.) é motivada pela necessidade em atender

consumidores com perfis de compra diversos e proporcionar-lhes a melhor experiência possível, on-line e off-line, com relação à marca.

Anote-se, ainda, que com relação à legislação específica, o e-commerce é regulamentado no Brasil apenas no que concerne à relação de consumo, pelo Decreto nº 7.962/2013, que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor para dispor sobre a contratação por meio eletrônico (Santa Cruz, 2016). Os desdobramentos do e-commerce nas relações empresariais, como questões de propriedade intelectual e contratuais, portanto, não se sujeitam a tal decreto.

Aplica-se, ao comércio eletrônico, as regras contidas no Código de Defesa do Consumidor. Contudo, considerando as peculiaridades desta modalidade de comércio, foi editado, em 15 de março de 2013, o Decreto nº 7.962, que regulamenta da Lei nº 8.0178 para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico.

Segundo o disposto no art. 1º, o Decreto em comento buscar regulamentar a contratação no comércio eletrônico abrangendo os aspectos como informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor; o atendimento facilitado ao consumidor e, ainda, o respeito ao direito de arrependimento (Brasil, 2013).

O Projeto de Lei do Senado para reforma do Código Comercial, Projeto de Lei do Senado nº 487/2013, por sua vez, propõe uma definição de comércio eletrônico pelo ponto de vista empresarial, além de uma série de regras relacionadas ao estabelecimento e ao dever genérico de implementação de medidas de segurança da informação, a qual engloba as políticas de privacidade e termos de uso dos respectivos websites e plataformas digitais.

Por fim, cumpre destacar que o referido Projeto prevê, ainda, a concessão ao microempresário e ao empresário de pequeno porte, nas relações ambientadas no comércio eletrônico com empresários de maior porte, "direito à interpretação favorável das cláusulas do contrato em caso de ambiguidade ou contradição, e à inversão do ônus da prova, em caso de haver questão de ordem técnica relativa ao tratamento eletrônico de dados efetivado pelo empresário de maior porte" (Brasil, 2013). Tal previsão deverá ser levada em consideração na redação das cláusulas referentes ao comércio eletrônico nos contratos de franquia, uma vez que é bastante comum que franqueados sejam microempresários ou empresários de pequeno porte.

COMÉRCIO ELETRÔNICO, TUTELA DO CONSUMIDOR E RESPONSABILIZAÇÃO DO FORNECEDOR

Para a aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor cumpre identificar a figura do fornecedor, do consumidor, e o nexo causal, liame indispensável entre a aquisição ou utilização do produto/serviço, bem como a lesão sofrida pelo consumidor, Marques (2004). Assim, para que recaia sobre determinado indivíduo a proteção conferida pelo Código de Defesa do Consumidor, é imprescindível a identificação dos elementos

acima. Nesse contexto é que se define a relação de consumo como o vínculo jurídico que uma pessoa física ou jurídica adquire ao utilizar produto ou serviço de uma determinada pessoa determinado fornecedor (Almeida, 2020).

Havendo incidência do Código de Defesa do Consumidor na relação, ou seja, se uma das partes se enquadrar no conceito de consumidor e a outra no de fornecedor e, entre elas, houver nexo de causalidade; obrigando uma a entregar a outra uma prestação, estar-se-á diante de uma relação de consumo (Marques, 2004).

Assim, para a aplicação das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor é necessária a caracterização da relação de consumo. Para tanto, nos polos da relação jurídica devem existir o consumidor e um fornecedor, Andrighi (2016). Com a finalidade de identificar facilmente os limites de cada uma dessas esferas de proteção, passa-se a delimitar o conceito dos elementos básicos das relações de consumo.

Para melhor entender as figuras criadas, o art. 2° do Código de Defesa do Consumidor define consumidor como "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final" (Brasil, 1990). Ainda no parágrafo único diz que "equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo" (Brasil, 1990).

O conceito de consumidor adotado pelo Código do Consumidor é de caráter exclusivamente econômico, levando-se em consideração somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou que contrata a prestação de serviços, como destinatário final, agindo com intenção ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma atividade negocial (Filomeno, 2018).

De acordo com Martins (2018), o conceito de consumidor é qualquer pessoa natural ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, ou seja, sem fins para uso pessoal, familiar e comercial.

Contudo, duas são as correntes doutrinárias que buscam definir o conceito de consumidor, sendo uma denominada finalista, e a segunda denominada maximalista. Os finalistas acreditam que o objetivo do Código de Defesa do Consumidor é tutelar de maneira um grupo de pessoas que se encontram em desvantagem, assim sendo, o conceito de consumidor deve ser interpretado de forma restritiva, abrangendo apenas aquele que utiliza o produto em proveito próprio ou de sua família, sendo de forma não profissional (Marques, 2019).

Lado outro se encontram os adeptos da teoria maximalista, que entendem que o Código de Defesa do Consumidor é uma norma criada para regularizar o mercado de consumo e não para proteger a parte mais vulnerável, que seria o consumidor. Assim, defendem que a interpretação do art. 2º deve se dar de forma ampla, não importando se a pessoa física ou jurídica irá auferir renda ao adquirir o produto ou serviço (Marques, 2019).

Além do conceito padrão de consumidor do art. 2°, caput, do Código de Defesa do Consumidor, há outros conceitos de consumidores chamados por "equiparação",

disciplinados pelo parágrafo único do art. 2°, assim como nos arts. 17 e 29 do Código de Defesa do Consumidor.

Esse conceito é feito pelo art. 2º, parágrafo único, que dispõe: "Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo" (Brasil, 1990). Busca-se, portanto, dar segurança jurídica ao conjunto de consumidores que, por exemplo, compraram produtos ou serviços que são nocivos ou perigosos.

O outro conceito de consumidor por equiparação encontra-se no art. 17, que dispõe: "Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento" (Brasil, 1990). Contudo, tal dispositivo só tem aplicabilidade na questão referente à responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço, busca proteger todas as vítimas do evento que causou o dano.

De acordo com Calixto (2004) o dispositivo em comento é que justifica não mais se exigir o elemento de destinação final para a vítima ajuizar ação de reparação de danos, sendo exigido somente os pressupostos para responsabilidade civil, o defeito, o dano e o nexo causal entre aquele e este.

Por último, tem-se o art. 29, que também faz referência ao consumidor por equiparação, nos seguintes termos: "Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas" (BRASIL, 1990). Para Calixto (2004) foi também superada a exigência da destinação final para que certa pessoa física ou jurídica, possa se proteger contra as práticas comerciais abusivas, por exemplo, publicidade enganosa. Basta que fique evidenciado a vulnerabilidade para que a pessoa tenha direito a proteção.

Embora haja algumas discrepâncias nas interpretações de alguns doutrinadores, consumidor é aquela pessoa (física ou jurídica) que adquire ou utiliza produto ou serviço para uso próprio ou de sua família, sem haver o intuito de comercialização, ressalvada a hipótese de consumidor por equiparação. Por exemplo, se uma pessoa física compra um computador para sua casa e este apresenta um defeito, é caso típico de consumidor haja vista sua vulnerabilidade e hipossuficiência em relação ao fornecedor.

O Código de Defesa do Consumidor diz em seu art. 3° que fornecedor é "toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços" (Brasil, 1990). Em análise ao dispositivo, verifica-se que o Código deu ênfase a um conceito bastante amplo de fornecedor, e nesse rumo são vários os comentários de doutrinadores renomados sobre esse tema.

Para se identificar a pessoa como fornecedora, é de suma importância que detenha, além da prática habitual de uma profissão ou comércio, também o serviço mediante remuneração (Martins, 2018). Logo, toda pessoa física ou jurídica que oferta produtos ou

serviços mediante remuneração com a atividade é fornecedor.

O mesmo artigo abrange ainda os fornecedores que exportam produtos ou serviços para o Brasil, ficam responsáveis por estes os importadores que em momento posterior poderão regredir contra os fornecedores estrangeiro (Filomeno, 2018). Assim, o fornecedor real é aquele identificado como o fabricante, o construtor, o produtor, que participam diretamente na confecção e produção do produto; fornecedor presumido é aquele que pratica atos de intermediação na relação, como por exemplo o comerciante e o importador; e, por fim, o fornecedor aparente é aquele que, embora não participe na produção, confecção do produto, leva o seu nome e marca, assumindo, portanto, a figura de fornecedor real (Marques, 2004).

Em suma, para a aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas concretizadas por meio do comércio eletrônico se faz necessária a identificação da figura do fornecedor, do consumidor e o nexo causal, liame entre a aquisição ou utilização do produto serviço. Assim, para que recaia sobre determinado indivíduo a proteção consumerista, é imprescindível a identificação dos elementos que configuração a relação de consumo.

Assim, havendo incidência do Código de Defesa do Consumidor na relação, ou seja, se uma das partes se enquadrar no conceito de consumidor e a outra no de fornecedor e, entre elas, houver nexo de causalidade; obrigando uma a entregar a outra uma prestação, estar-se-á diante de uma relação de consumo.

Tem-se, ainda, os elementos objetivos da relação de consumo, quais sejam, o produto e o serviço. Segundo o Código de Defesa do Consumidor produto é definido como "qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial", nos termos do art. 3º, § 1º. Logo, a definição de produto no Código tem caráter amplo, abrangendo uma infinidade de bens.

Já o conceito de serviço, elencado no §2°, do art. 3°, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe: "[...] serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista" (Brasil, 1990).

Ocorre que as relações de consumo se expandiram com o passar dos tempos, sendo o fomento dos meios de comunicação elemento que contribuiu sobremaneira para questionamentos diversos, a exemplo da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações concretizadas através do comércio eletrônico.

Decerto, com o advento da Internet e as inúmeras facilidades para a efetivação de compras de produtos e serviços através da rede mundial de computadores, uma série de questionamentos passaram a ser feitos pelos consumidores, principalmente no que toca os seus direitos, ou seja, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas práticas de comércio eletrônico.

O primeiro ponto a ser observado é o prazo de reflexão. O Código de Defesa do Consumidor assegura o prazo destinado ao arrependimento daquele que efetua compras

fora do estabelecimento comercial, situação em que o consumidor tem o prazo de 7 dias para manifestar-se acerca do seu arrependimento, nos termos do art. 49 do diploma legal em comento (Brasil, 1990).

O primeiro requisito extraído do dispositivo supracitado é exatamente a realização da compra fora do estabelecimento comercial, situação claramente visualizada nas hipóteses de aquisição de produtos e serviços através do comércio eletrônico, que possibilita ao consumidor arrepender-se da transação e não a concretizar. Ora, não há como negar que as compras online são realizadas fora do estabelecimento comercial, já que o contrato é celebrado à distância, e a ausência física no momento de decisão da aquisição (ou não) de um produto e serviço é motivo de extrema relevância para o arrependimento por parte do consumidor.

Assim, independentemente da forma de contratação, que pode se dar através de e-mails, chats de conversação, mensagens instantâneas ou mesmo os sites de compras coletivas, é direito do consumidor, nos termos do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, arrepender-se da aquisição, observando o prazo de 07 dias.

Percebe-se que embora a contratação se dê através da Internet, os direitos assegurados aos consumidores não podem ser afastados, pois a forma como ocorre a contratação não é suficiente para excluir a incidência do Código de Defesa do Consumidor, sendo relevante para o direito à reflexão a contratação à distância (Finkeslstein, 2004).

É importante ressaltar, ainda, que é dever do fornecedor observar, também nas compras online, o dever da transparência nas informações referentes aos bens e serviços comercializados, bem como à transação contratual em si. Logo, não é o fenômeno das contratações através da rede mundial de computadores capaz de permitir que o fornecedor utilize de quaisquer técnicas para convencer o consumidor a adquirir determinados bens ou serviços.

Por isso Gómez (2003) afirma que para ser válido o consentimento do consumidor nas compras online, é fundamental que o fornecedor não se valha de meios agressivos para a concretização da venda. E nesse contexto o prazo de reflexão ganha importância, como disserta Marques (2019), para quem o prazo de reflexão, e o direito de arrependimento a ele arraigado, são instrumentos para proteção da declaração do consumidor, que deve ser emitida de forma clara, refletida e a decisão não ter sofrido qualquer tipo de mácula.

Anote-se, ainda, que o fato da segunda parte do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor mencionar como hipóteses de contratação fora do estabelecimento aquela concretizada através de telefone ou no domicílio do consumidor, situação está que não afasta a contratação através da Internet.

Ademais, a legislação não consegue evoluir no mesmo ritmo que a sociedade e as questões tecnológicas, devendo o intérprete adequar o texto de lei às relações interpessoais, e no que toca o direito ao arrependimento deve atentar para o fato de que o objetivo maior é exatamente a proteção ao consumidor diante de técnicas agressivas de venda.

Dessa forma, a doutrina é pacífica acerca da aplicação do prazo de reflexão às compras online, como disserta Teixeira (2015), para quem tal modalidade de contração é hipótese de relação contratual a distância, fora do estabelecimento comercial.

No mesmo sentido se posiciona Marques (2019, p. 278), para quem a "doutrina é unânime quanto ao fato de que aos contratos à distância do comércio eletrônico se aplica o art. 49 do Código de Defesa do Consumidor e o prazo de reflexão de sete dias", e acrescenta que: "os riscos de compra estimuladas, emocionais e irrefletidas, de impossibilidade de exame do produto ou conhecimento exato do serviço, riscos na execução, insegurança quanto aos dados sensíveis e aos dados pessoais, insegurança no pagamento, são os mesmos".

Logo, sempre que o bem ou serviço não corresponder às expectativas do consumidor, ou quando este for induzido à determinada contratação sem necessária reflexão, é possibilitada ao consumidor desistir da aquisição, nos termos do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor.

Também se deve ressaltar que a vulnerabilidade do consumidor, protegida pelo Código de Defesa do Consumidor, fica mais evidente quando se trata de compras online, pois fica claramente restrita a possibilidade de negociação e questionamentos por parte do consumidor, que nem sempre consegue analisar aquilo que lhe é oferecido na Internet com os demais produtos e serviços disponibilizados no mercado.

Nesse sentido são os ensinamentos de Teixeira (2015), para quem a disparidade econômica, de informação e tecnológica entre consumidor e fornecedor ficam mais evidentes quando se trata de compras online. Afirma o autor que o fornecedor concentra em seu poder todos os dados acerca do produto ofertado ao consumidor, e por deter todas essas informações pode induzir a erro o consumidor, principalmente se as políticas de marketing forem utilizadas de forma agressiva, aumentando a vulnerabilidade do consumidor.

Há de se esclarecer, ainda, como deve ser realizada a contagem do prazo de 7 dias a que se refere o art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, prazo este fatal para o desfazimento do negócio. Ou seja, decorridos os 7 dias, não há o que se falar em desistência por parte do consumidor por ter sido a compra realizada fora do estabelecimento comercial.

A questão ganha relevância quando se trata do comércio eletrônico, pois a proposta é feita pelo fornecedor através de e-mails ou no site do fornecedor, havendo manifestação de aceitação do consumidor por um simples "clique", confirmando a transação.

Cumpre esclarecer que a aplicação do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor às compras online é pacífico, embora haja discussões acerca da contagem desse prazo, como alhures apontado, pois há situações em que dentre a aceitação da proposta à entrega do produto ou prestação do serviço decorre mais de 7 dias. Logo, ao receber o produto, o consumidor já teria visto expirar o prazo para manifestar o seu arrependimento. Por isso predomina o entendimento de que o prazo começa a fluir a partir do momento da entrega do produto ou serviço, devendo o consumidor manifestar seu arrependimento através

de e-mail, telefone ou outra forma disponibilizada pelo fornecedor, ainda que este tome ciência do arrependimento do consumidor decorridos mais de 7 dias, pois deve prevalecer a declaração do consumidor.

Não restam dúvidas de que a proteção conferida ao consumidor pelo Código de Defesa do Consumidor aplica-se às compras online, sendo dada atenção especial ao prazo de reflexão devido à importância que essa possibilidade de arrependimento ganha nas situações em que as compras são concretizadas através da Internet. Portanto, deve o fornecedor agir de boa-fé e com transparência nas ofertas de produtos e serviços, sob pena de afrontar os princípios insculpidos no Código de Defesa do Consumidor.

Pode ocorrer, contudo, que o consumidor se depare com o atraso na entrega do produto adquirido. Nesses casos há claro descumprimento do ofertado pelo fornecedor, fazendo nascer para o consumidor o direito de manter ou não o contrato, inclusive com a restituição do valor pago, como disserta Alves (2011).

Outra questão de suma importância é o direito de o consumidor ver substituído o produto em caso de defeito. Logo, não é lícito à loja virtual alegar que a obrigação por eventual substituição ou reparo é apenas do fabricante. Isso se deve porque o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor é aplicável também na hipótese de compras online, sendo responsáveis solidários o fabricante, produtor, construtor, nacional ou estrangeiro, bem como o importador, pelos danos causados aos consumidores (Brasil, 1990).

Por derradeiro é necessário atentar para as hipóteses em que o fornecedor não se encontrar sediado no Brasil, e não tiver filial ou representante em nosso território, já que, nesses casos, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor poderá encontrar obstáculos. Daí a importância de estar o consumidor consciente e bem-informado acerca do fornecedor de quem adquire bens ou serviços, pois a inexistência de endereço físico em território brasileiro pode acabar dificultando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e, consequentemente, comprometer a efetivação aplicação dos direitos do consumidor.

Schiavon (2010, p. 01), ao dissertar sobre os cuidados que o consumidor deve ter para não se ver lesado em compras online, afirma:

> Escolhida a loja, é preciso entender o tipo de transação que ela oferece. “Segundo o Código de Defesa do Consumidor, o provedor é responsável caso haja um defeito ou vício no serviço em que ele presta, mas cada tipo de loja tem um grau diferente de responsabilização”, explica. Há na web, os sites de lojas próprias ou revendedoras que oferecem os produtos que mantém em seu estoque, por isso têm total responsabilidade sobre toda a transação. Há ainda lojas que fazem uma intermediação do ato da compra. Os leilões virtuais, por exemplo, se isentam totalmente dos problemas que possam ocorrer com a compra ou venda. “Nesse caso, o provedor responde quando ele deixa de prestar o serviço que lhe cabe, como deixar um anúncio fora do ar, por exemplo”.

Por último, mas não menos importante, cumpre ressaltar que o legislador, nos últimos anos, vem editando normas diversas, para tutelar as relações virtuais. Tem-se, apenas como exemplo, a Lei do Marco Civil da Internet, que veio suprir lacunas no que tange a responsabilização daqueles que utilizam da rede mundial de computadores. O referido diploma de lei, assim como outros voltados às relações virtuais, se aplicam também às relações de consumo que se consolidam pela internet, a partir de uma análise sistemática das normas que integram o ordenamento jurídico.

Resta claro, portanto, que para ver seus direitos efetivamente resguardados, o consumidor deve adotar uma postura bem cautelosa nas compras online, adquirindo produtos de sites confiáveis e, principalmente, buscando o máximo de informações, para evitar principalmente que pessoas mal-intencionadas se aproveitem da boa-fé do consumidor para lesá-lo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se compreender, ao longo do presente estudo, as questões afetas à proteção do consumidor nos contratos firmados através da internet, mormente as contratações virtuais que versam sobre relação de consumo, ou seja, as compras online, haja vista a ampliação do comércio eletrônico em todo o mundo. Mas em que pese a difusão deste meio de comércio, que envolve tanto a aquisição de produtos, quanto a contratação de serviços, há problemas que ainda fomentam debate.

Nesse cenário é dever do fornecedor zelar pelo privacidade e intimidade do consumidor, sob pena de ser responsabilizado, pois o ordenamento jurídico brasileiro possui normas específicas, aplicáveis ao comércio eletrônico. Logo, além da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, tem-se, por exemplo, o Decreto nº 7.962/2013, que regulamenta especificamente o comércio eletrônico.

De fato, o legislador, já há alguns anos, reconhece a fragilidade da rede mundial de computadores e a necessidade de se regulamentar, de forma específica e eficiente, as relações estabelecidas por meio da internet, o que alcança, por conseguinte, o comércio eletrônico. O Código de Defesa do Consumidor não traz normas específicas, o que não obsta, porém, a aplicação das regras gerais, desde que configuradas os requisitos da relação de consumo, a saber, fornecedor, consumidor e relação de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor, editado ainda no ano de 1990, é uma importante ferramenta na tutela dos direitos dos consumidores. E, considerando a evolução dos meios de comunicação, em especial a difusão da internet e sua consequente utilização no estabelecimento de relações contratuais, principalmente as compras online, foi editado, mais recentemente, o Decreto nº 7.962/2013, que regulamenta aquele diploma legal no que tange o e-commerce.

Desta feita, presentes os requisitos caracterizadores da relação de consumo, quais sejam, o consumidor, o fornecedor e a contratação de um produto ou serviço, aplicam-se as normas consumeristas, independentemente da forma como se dá a contratação, o que visa a estabilidade das relações jurídicas.

De fato, para que o consumidor se sinta seguro na rede mundial de computadores, no que diz respeito aos contratos virtuais, é imprescindível que o Estado assegure meios para tutelar as relações que se firmam por meio de e-mails ou outras formas de consolidação dos contratos pela internet.

Portanto, apenas exemplificativamente, tem o consumidor, quando adquire um produto ou serviço pela rede mundial de computadores, e contrata um fornecedor, independentemente da localidade em que esse se encontra, o direito ao arrependimento, é o fornecedor responsável por eventuais vícios do produto ou serviço, caso se instaure um conflito e seja necessário acionar o Poder Judiciário é direito do consumidor a inversão do ônus da prova (se presentes os requisitos legais), dentre outros.

Destarte, percebe-se que o consumidor, nos contratos virtuais, não está desprotegido, o que visa, repita-se, assegurar a estabilidade das relações. Se assim não o fosse, de fato a internet se transformaria em uma "terra sem lei", o que é inadmissível na atualidade. Até mesmo por isso o legislador vem adequando a legislação pátria, com a edição de normas específicas, voltadas à responsabilização daqueles que se utilizam da internet e, por conseguinte, aplicam-se às relações de consumo.

Decerto, não se admite, na atualidade, e principalmente em virtude da especial atenção conferida pelo legislador ao consumidor, que este fique desprotegido nas relações estabelecidas pela rede mundial de computadores, principalmente pela ampliação do comércio eletrônico nas últimas décadas.

Diante do exposto constata-se, portanto, que independentemente da forma como se consolida uma relação de consumo, está o consumidor protegido pelas normas consumeristas; e, a partir de uma análise sistemática das normas que integram o ordenamento jurídico brasileiro, são assegurados todos os direitos aquele que, através da rede mundial de computadores, firma um contrato que tenha por objeto a aquisição de produto ou serviço, desde que presentes, claros, os elementos que caracterização a relação de consumo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%E7ao_Compilado.htm. Acesso em: 13 out. 2023.

________. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**: Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 13 out. 2023.

_________. **Lei n° 10.406, de 1° de janeiro de 2002:** Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 13 out. 2023.

_________. **Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013:** Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm. Acesso em: 13 out. 2023.

ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do consumidor esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ALVES, Mariana. Atrasos na entrega de compras online: direitos do consumidor devem ser assegurados. **Cidade MKT**. Notícias, 06/06/2011. Disponível em: http://www.cidademarketing.com.br/2009/n/6378/atrasos-na-entrega-de-compras-online-direitos-dos-consumidores-devem-ser-assegurados.html. Acesso em: 13 out. 2023.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. O CDC e o STJ. **JusNavigandi**, Teresina, ano 11, n. 1236, 19 nov. 2016. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/9176. Acesso em: 13 out. 2023.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, volume 3: direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** contratos**.** São Paulo: Saraiva, 2014.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do consumidor**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

Poder360. E-commerce cresce 20% em 2022 e movimenta R$ 187,1 bi. **Poder360**, 2023. Disponível em: https://www.poder360.com.br/economia/e-commerce-movimentou-r-450-bilhoes-em-3-anos. Acesso em: 06 nov. 2023.

HOBAIKA, Marcelo Bechara de Souza; BORGES, Luana Chystyna Carneiro. Responsabilidade jurídica pela transmissão, comutação ou roteamento e dever de igualdade relativo a pacotes de dados. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco Civil da Internet.** São Paulo, Atlas, 2014.

LOPES JUNIOR, Osmar. O comércio eletrônico e o código de defesa do consumidor. *In***Revista IOB de direito civil e processual civil,** nº 48. São Paulo: IOB, 2017.

LUCCA, Newton De. **Direito do consumidor.** 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARTINS, Ana Paula. Vazamento e mercantilização de dados da segurança digital do consumidor: um estudo dos casos Netshoes e Uber. **Código de Defesa do Consumidor**, rumo aos 30 anos, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/327416131_ VAZAMENTO_E_ MERCANTILIZACAO_DE_DADOS_PESSOAIS_E_A_FRAGILIDADE_DA_SEGURANCA_DIGITAL_ DO_CONSUMIDOR_um_estudo_dos_casos_Netshoes_e_Uber. Acesso em: 12 out. 2023.

SANTA CRUZ, André Luís. **Comércio eletrônico:** surgimento, desenvolvimento e regulamentação. 2016**.** Disponível em: http://genjuridico.com.br/2016/08/01/comercio-eletronico-1-surgimento-desenvolvimento-e-regulamentacao/. Acesso em: 13 out. 2023.

SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *In***Revista de direito do consumidor**, nº 55. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHIAVON, Fabiana. Internauta atento: cuidados são outros quando a compra é feita pela web. **Consultor Jurídico,** 27 mar. 2010. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2010-mar-27/fimde-editada-direito-consumidor-vale-compras-online-cuidados-sao-outros. Acesso em: 13 out. 2022.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio eletrônico:** conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015.

TELLINI, Denise Estrella. **Regime de Direito Internacional Privado na Responsabilidade dos Provedores de Internet:***Content Services Providers e Intermediary Service Providers* pela qualidade dos serviços executados online. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

TIGRE, Paulo Bastos; DEDRICK, Jason. Mitos e realidades sobre a difusão do comércio eletrônico nas empresas brasileiras. **Revista Brasileira de Inovação**, v. 2, n. 2, jul./dez. 2013.

CAPÍTULO 4

A JUDICIALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NO BRASIL

Data de submissão: 29/09/2023 *Data de aceite: 01/12/2023*

Marcello Rodrigues Siqueira
Universidade Estadual de Goiás (UEG)
Iporá-GO
http://lattes.cnpq.br/1589883997046492

Suzana Rodrigues Floresta
Universidade Estadual de Goiás (UEG)
Iporá-GO
http://lattes.cnpq.br/5922557300413736

Gabriell Rodrigues Floresta e Siqueira
Universidade Estadual de Goiás (UEG)
Iporá-GO
http://lattes.cnpq.br/4417904254623388

Hellena Rodrigues Floresta e Siqueira
Universidade Estadual de Goiás (UEG)
Iporá-GO
http://lattes.cnpq.br/6248611657869737

RESUMO: Esta pesquisa trata da judicialização dos movimentos sociais no Brasil tendo em vista que a garantia de direitos políticos e sociais pela Constituição Federal de 1988 alterou substancialmente as estratégias políticas destes movimentos no país que passaram a articular suas demandas predominantemente através das instituições jurídicas. Mas, acredita-se que o Poder Judiciário tem apresentado atuações divergentes diante da análise das demandas dos movimentos; ora se mostra defensor, ora criminalizador destes. Portanto, diante desse novo contexto, objetiva-se analisar o processo de judicialização dos movimentos sociais e, mais especificamente, discutir os seus efeitos e interações, conhecer acerca dos ataques que estes movimentos sociais têm sofrido bem como as resistências empreendidas. Para tanto, optou-se por uma pesquisa de avaliação ex post ou somativa visando trabalhar com impactos e processos concentrando-se, sobretudo, na eficácia e no julgamento de valor geral. Metodologicamente, trata-se de uma pesquisa teórico-empírica realizada a partir de diversas fontes, primárias e secundárias, bibliográficas, documentais e eletrônicas.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização. Políticas Públicas. Movimentos Sociais. Brasil.

THE JUDICIALIZATION OF SOCIAL MOVEMENTS IN BRAZIL

ABSTRACT: This research deals with the judicialization of social movements in Brazil, considering that the guarantee of political and social rights by the Federal Constitution of 1988 substantially altered the political

strategies of these movements in the country, which began to articulate their demands predominantly through legal institutions. But, it is believed that the Judiciary has presented divergent actions in the face of the analysis of the demands of the movements; sometimes he shows himself as a defender, sometimes as a criminalizer of these. Therefore, in view of this new context, the objective is to analyze the process of judicialization of social movements and, more specifically, to discuss its effects and interactions, to know about the attacks that these social movements have suffered as well as the resistance undertaken. Therefore, an ex post or summative evaluation research was chosen, aiming to work with impacts and processes, focusing, above all, on effectiveness and on the judgment of general value. Methodologically, it is a theoretical-empirical research carried out from different sources, primary and secondary, bibliographical, documental and electronic.
KEYWORDS: Judicialization. Public policy. Social movements. Brazil.

INTRODUÇÃO

O objetivo geral deste trabalho é analisar o processo de judicialização dos movimentos sociais e, mais especificamente, discutir os seus efeitos e interações, conhecer acerca dos ataques que estes movimentos sociais têm sofrido bem como as resistências empreendidas.

Segundo Oliveira (2019), a judicialização de políticas públicas se disseminou no Brasil após a Carta de 1988, que constitucionalizou direitos sociais e uma série de políticas públicas a eles relacionadas. Juntamente com a constitucionalização de políticas públicas, teria ocorrido também o fortalecimento das instituições do sistema de justiça, especialmente o Ministério Público, e a ampliação dos mecanismos de acesso ao sistema de justiça. Esses fatores criaram um ambiente favorável à utilização do sistema de justiça como uma arena institucional eficiente na garantia de direitos sociais como saúde, educação, assistência, habitação, saneamento etc.

Ainda segundo a referida autora, nesse contexto institucional, atores vinculados ao movimento de luta contra a Aids, já no início dos anos 1990, passaram a acionar o Judiciário na busca pelo fornecimento gratuito de antirretrovirais. O sucesso na utilização desse instrumento de luta deu origem, em 1996, à Lei n. 9.313, que garantiu a distribuição gratuita e universal de antirretrovirais, uma política mundialmente reconhecida. Entretanto, a mesma não gerou uma diminuição das demandas judiciais; ao contrário, argumenta-se que houve um aumento dessas demandas a partir de 1997, sobretudo no caso dos medicamentos.

A área da saúde vivenciou um momento de grande expansão, em fins dos anos 1990 e início dos 2000, mas o processo de judicialização se expandiu para outras áreas de políticas públicas a partir dos anos 2000, sobretudo, relacionados a educação, saneamento e habitação. Para Oliveira (2019, p. 23), “a extensão deste processo vem se ampliando a cada ano, buscando assegurar a conformidade tanto das normas quanto das ações dos agentes

públicos à Constituição, de forma a garantir que as políticas públicas correspondam ao que determinam o texto e os princípios constitucionais. Para isso, mobilizam-se diferentes níveis do Judiciário, assim como promotores e defensores públicos".

Além da extensão temática e institucional do processo de judicialização das políticas públicas, tem-se a ampliação de atores que o lideram. Atores políticos, sobretudo partidos e sindicatos, mobilizam o sistema de justiça para garantirem direitos das minorias ou suas opções políticas, assim como atores e organizações da sociedade civil o acionam para garantirem direitos de grupos sociais específicos.

A partir desse breve contexto da judicialização de políticas públicas no Brasil, cabe aqui investigar uma de suas faces: a judicialização dos movimentos sociais[1]. Segundo Oliveira (2019), tal pesquisa se justifica porque são escassos os estudos que relacionam os movimentos sociais com a judicialização das políticas públicas, especialmente no que diz respeito à compreensão da forma como a justiça tem sido utilizada por esses atores como instrumento de luta e defesa de direitos sociais, garantidos constitucionalmente ou por meio de interpretações da Constituição.

Pesquisas nessa direção contribuirão não apenas para o debate sobre a judicialização, mas também para a compreensão da relação entre movimentos sociais e produção de políticas públicas no Brasil. Mas, é preciso entender a dimensão e natureza do problema. Diante do fortalecimento dos movimentos sociais brasileiros, acredita-se que o Poder Judiciário tem apresentado atuações divergentes diante da análise das demandas dos movimentos; ora se mostra defensor, ora criminalizador destes (CARDOSO; FANTI, 2013).

Segundo Borges, Costa e Leitão (2020, p. 231-232), ao analisarem a judicialização das lutas do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, observaram, por um lado, que estes movimentos sociais têm se utilizado do Poder Judiciário para alcançar seus direitos negligenciados ou negados pelo Poder Público. Destaca-se ainda que o Judiciário tem sido visto como uma porta para o reconhecimento de novos direitos. Por outro lado, o Judiciário tem criminalizado os movimentos sociais, atribuindo-lhes uma natureza criminosa, e consequentemente às suas manifestações sociais, fundamentando tal atuação na ordem pública e na democracia. Tal criminalização não se mostra apenas no âmbito jurídico, mas também se utiliza dos meios de comunicação para propagar essa ideologia, visando desqualificar e culpar os movimentos pela violência e intolerância.

Para Burckhart (2017, p. 244), "esse processo acaba por fazer nascer a necessidade de se repensar os limites entre o jurídico e o político, de modo a compreender de que forma esses movimentos se organizam e mantém (ou não) sua capacidade de resiliência frente

1 Os movimentos sociais podem ser entendidos como ações coletivas que tem dois elementos fundamentais, quais sejam, subjetividade e cidadania. A subjetividade seria, em síntese, a consciência sobre a pauta de reivindicações clara e objetiva, e a cidadania é a ação orquestrada em conjunto enquanto ação política coordenada. Esses dois elementos, quando somados, tem a potencialidade de produzir a emancipação social. (Cf. BURCKHART, Tiago Rafael. Entre o político e o jurídico: a judicialização dos movimentos sociais e a capacidade de resiliência dos movimentos sócio-ambientais. *Redes: R. Eletr. Dir. Soc.*, Canoas, v.5, n. 1, p. 243-257, maio, 2017, p. 248)

ao aparato judicial". Nesse sentido, são diversos os registros de movimentos sociais que, a partir do processo de Judicialização, passaram por uma grave perda na sua capacidade de resiliência, o que prejudica signicativamente o processo democrático de lutas sociais.

Ainda de acordo com o referido autor, o Movimento dos Atingidos pelo Desastre (MAD) de Blumenau/SC é um dos exemplos do impacto do processo de judicialização na capacidade de resiliência dos movimentos.

> Nascido no contexto de pós-tragédia socioambiental, o MAD teve por pauta de reivindicações o direito à moradia digna dos atingidos pelas enchentes e desmoronamentos ocorridos em 2008 na região do Vale do Itajaí. Naquele momento o saldo de desabrigados pela catástrofe chegou a 25 mil pessoas. Décadas de má estrutura e governança no passar a ocupar e residir numa área de propriedade do Poder Público municipal. A judicialização foi o ponto crucial para a desestabilização do processo reivindicativo, funcionando como uma forma de negação da política e do diálogo. que tange às políticas de moradia no município foram determinantes para a não resposta dos gestores públicos da cidade, de modo que o movimento foi judicializado pela Prefeitura Municipal após a população passar a ocupar e residir numa área de propriedade do Poder Público municipal. A judicialização foi o ponto crucial para a desestabilização do processo reivindicativo, funcionando como uma forma de negação da política e do diálogo (BURCKHART, 2017, p 244).

Mas, a tensão entre Poder Judiciário e movimentos sociais se dá por diversas razões. Conforme Borges, Costa e Leitão (2020, p. 232), o conflito entre Movimentos Sociais e Judiciário também se justifica pela nova concepção de que os movimentos passaram a ter a respeito das funções do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, já que este era visto apenas como aplicador do direito e aquele como criador do direito. Todavia, no momento atual os movimentos veem o Judiciário tanto como aplicador, quanto como criador de direitos.

Além da confusão de funções entre Judiciário e Legislativo, os referidos autores destacam ainda a estagnação do Poder Executivo em aplicar políticas públicas eficientes no plano real e a atuação concentrada do Legislativo em situações controversas de grande repercussão.

Finalmente, se pode dizer que as pesquisas sobre a judicialização dos movimentos sociais se fazem necessárias a fim de que os entendimentos e atuações vençam o tradicionalismo e passem a ter uma nova perspectiva dos movimentos sociais. Dessa forma, serão adotados aqui vários procedimentos metodológicos necessários para se obtiver respostas aos questionamentos e aos objetivos propostos.

Segundo Chizzotti (1995, p.11), "a pesquisa investiga o mundo em que o homem vive e o próprio homem". Portanto, a pesquisa só existe com o apoio de procedimentos metodológicos adequados, que permitam a aproximação ao objeto de estudo. Assim, a intenção aqui é realizar uma pesquisa de avaliação (*evaluation research*) ex post ou somativa visando trabalhar com impactos e processos concentrando-se, sobretudo, na eficácia e no julgamento de valor geral. Serão consideradas duas abordagens: a objetiva

e a subjetiva. A primeira, geralmente, é mensurada através de informação disponível sob a forma de indicadores. Quanto à abordagem subjetiva, é expressa pelos seres humanos e, sistematizada através de informação publicadas em várias obras de consultas tais como livros, artigos, jornais e periódicos.

JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: EFEITOS E INTERAÇÕES

Em *Movimentos Sociais e a Construção dos Precedentes Judiciais*, Catharina (2015) faz uma reflexão acerca do papel dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro e analisa a importância da participação dos movimentos sociais na formação desses precedentes. Segundo o referido autor, a partir da Constituição Federal de 1988 teria ocorrido um processo de reformulação do papel do judiciário brasileiro tendo em vista que esta possibilitou a transformação das garantias individuais e coletivas de modo que alcançassem o patamar constitucional de direitos fundamentais.

Combinado com a ampliação desses direitos, foi possível perceber, entre outros, maior influência da participação dos movimentos sociais. Para Catharina (2015, p. 19), "esse novo cenário inaugurou processos sociais diversos". Afinal, o fortalecimento da cidadania social teria gerado maior consciência dos cidadãos acerca de seus direitos, provocando o aumento da busca pela prestação jurisdicional provida pelo Estado. No mesmo contexto, destaca-se o deslocamento das demandas emanadas dos movimentos sociais (ideológicas, políticas, identitárias, de gênero, entre outros) para o âmbito do Poder Judiciário, ocasionando o fenômeno da judicialização da política, em razão de uma aparente crise de representação, e gerando um conjunto de decisões jurídicas apoiadas em argumentos de natureza sociológica.

Sobre os efeitos dos movimentos sociais nas políticas públicas, Carlos, Dowbor e Albuquerque (2016) identificaram três momentos marcantes da literatura. No primeiro momento, os estudos assinalaram que as estrutura dos movimentos sociais condicionaram sua ação. Em seguida, novas pesquisas se concentraram nas interações dos movimentos sociais com outras instituições que dependendo da sua característica - "apoiadoras" ou "antagonistas" - acabariam intervindo de maneira distinta nos resultados da ação coletiva. Finalmente, a literatura especializada sobre os efeitos dos movimentos sociais teria "combinado" elementos do primeiro com o segundo momento, ou seja, estaria baseada numa espécie de tripé analítico focado na estrutura dos movimentos sociais, nas interações destes com outras instituições e nos resultados da ação coletiva.

> A literatura dedicada aos efeitos dos movimentos sociais, no primeiro momento, assinalou que a estrutura de mobilização (forma organizacional, repertório de ação) dos movimentos sociais condiciona os resultados de sua atuação (Gamson, 1990 [1975]). No segundo momento, ponderou que os movimentos sociais operam no contexto de interações com apoiadores e antagonistas e que as características das instituições e das coalizões envolvidas intervêm nos resultados da ação coletiva (Giugni, 1998). Avanços seguintes nessa

> literatura apontaram que a estrutura de mobilização dos movimentos e a sua interação com o contexto político operam, de modo combinado, na explicação dos efeitos institucionais da ação coletiva (Giugni, 2008; Amenta, 2005; Giugni e Yamasaki, 2009; Amenta et. al., 2010). (CARLOS; DOWBOR; ALBUQUERQUE, 2016, p. 3)

Mas, "apesar dos avanços analíticos, a incorporação do contexto político de modo combinado à estrutura de mobilização dos movimentos se fez de modo limitado, nas análises dos efeitos políticos da ação coletiva". Assim, não parece haver proposições concretas para avaliar como a estrutura de mobilização das coletividades se combina com as características formais e informais do contexto político e criam as condições que favorecem os impactos dos movimentos.

Considerando ainda que pesquisas sobre a forma organizacional dos movimentos sociais demandam, em certa medida, estudos de caso para evitar generalizações estereotipadas dado a multiplicidade e variedade destes movimentos, acredita-se que a melhor opção para fins desta pesquisa, essencialmente teórica, seria considerar os efeitos da judicialização de política públicas pelos movimentos sociais sob a ótica das interações entre os poderes e da interação destes com os movimentos sociais.

Dessa forma, Oliveira (2019, p. 25) esclarece que "um dos efeitos da judicialização das políticas públicas é a maior interação entre os poderes e as instituições envolvidas na política em questão". Tratar-se-ia de uma consequência prevista desse processo, dado que a atuação do Judiciário no tocante às políticas públicas exige, necessariamente, uma resposta do Executivo sobre o direito ou a política demandada judicialmente.

Importante observar ainda que essa interação pode se dar entre diferentes poderes e em direções opostas: não apenas entre Judiciário e Executivo, mas também entre Judiciário e Legislativo; e, ainda, a interação pode ser no sentido de distanciamento ou no de aproximação entre os poderes.

> Em relação ao que chamamos de direção da interação, entendemos por distanciamento a rejeição à decisão judicial, o que leva os demais poderes a agirem em contraposição ao Judiciário, visando a reverter ou minorar os efeitos da decisão, reafirmando assim sua autoridade sobre a política pública em foco. Por aproximação entendemos uma tentativa de estabelecer cooperação entre os poderes, reforçando a posição assumida pelo Judiciário na questão julgada pelos demais poderes (OLIVERIRA, 2019, p. 25)

Ainda conforme Oliveira (2019), os processos de judicialização das políticas públicas e a interação dos poderes envolvidos em cada uma das direções possíveis geram quatro tipos distintos de interação (Cf. Quadro 1).

	COOPERAÇÃO	POTENCIALIZAÇÃO
APROXIMAÇÃO	Parcerias institucionais para atendimento e/ou aprimoramento da decisão judicial	Apresentação de projetos de lei/emendas constitucionais que reforcem ou aprimorem a interpretação judicial
	OBJEÇÃO	**CONTRAPOSIÇÃO**
DISTANCIAMENTO	Utilização de mecanismos de anulação ou protelação da implementação da decisão judicial	Apresentação de projetos de lei/emendas constitucionais em sentido oposto ao da interpretação judicial

Quadro 01: Judicialização de Políticas Públicas e Interação entre Poderes

Fonte: Olliveira (2019, p.26)

A diferença entre os dois tipos de aproximação, seja com o Executivo seja com o Legislativo,

> [...] diz respeito à possibilidade, no primeiro caso, de se gerar o que chamamos de entrelaçamento institucional, ou seja, algum tipo de cooperação interinstitucional. No caso da aproximação com o Legislativo, esta não se dá por meio de um entrelaçamento institucional, mas pela resposta legislativa a um entendimento judicial de questões políticas controversas que foram judicializadas (OLIVEIRA, 2019, p. 27-28).

Dessa forma, enquanto a cooperação visa a lidar com a judicialização em si, a potencialização visa a reforçar o entendimento sobre uma questão de política pública decorrente do processo de judicialização. A interação de distanciamento entre as instituições do sistema de Justiça e o Executivo, chamada de "objeção", busca a anulação (por meio de recursos às instâncias superiores do Judiciário) ou a não implementação da decisão judicial, ao menos a curto prazo, por meio da protelação.

Em relação aos movimentos sociais, ao utilizar a judicialização das políticas públicas como estratégia para a garantia de direitos, percebe-se que eles também geraram interações distintas. Considerando que os atores políticos buscam o melhor caminho institucional para influenciar os resultados em termos de políticas públicas, para os movimentos o caminho jurídico entrou para o rol de estratégias possíveis no jogo dessa luta política.

Segundo Oliveira (2019, p. 32), pode-se verificar interações marcadas pela aproximação e cooperação como é o caso, por exemplo, do comitê de assessoramento estabelecido na cidade de São Paulo, instituído para monitorar o processo de criação de vagas em creches a partir do acordo estabelecido em 2013. Além disso, as organizações da sociedade civil buscam se adequar a fim de garantir assessoria jurídica eficiente para a utilização dessa estratégia.

Em contrapartida, os movimentos sociais também sentem os impactos da sua própria judicialização, gerando interações diversas caracterizadas pelo distanciamento e objeção. Seria o caso, por exemplo, do Movimento dos Atingidos pelo Desastre (MAD) de Blumenau/SC.

> Esse movimento, após a tragédia socioambiental em 2008 na região do Vale do Itajaí, passou a reivindicar o direito à moradia digna às 25 mil pessoas afetadas pelas enchentes. A Prefeitura não garantiu uma solução para a população e o movimento foi judicialmente interpelado em decorrência da ocupação irregular de uma área de propriedade do poder público municipal. Segundo o autor, "a judicialização foi o ponto crucial para a desestabilização do processo reivindicativo, funcionando como uma forma de negação da política e do diálogo" (BURCKHART *apud* OLIVEIRA, 2019, p.32).

Portanto, a judicialização dos movimentos sociais pode resultar na sua criminalização e o seu afastamento por parte de outros atores sociais. Moreira (2019), por exemplo, ao analisar o papel da Defensoria Pública (DP) nos processos de judicialização de políticas públicas, observou que a história e atuação política de defensores públicos e de outros servidores da assistência judiciária foi fundamental para inserir a Defensoria no sistema de justiça, e tem sido a força motriz para impulsionar o crescimento da entidade.

Não obstante, anos após a implantação de arranjos participativos na Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP), o seu funcionamento expõe a resistência de muitos defensores à inserção de organizações sociais nos espaços decisórios da instituição.

> Membros da carreira que discordam do processo de abertura da DPESP dificultam a consolidação dos canais de participação e controle social, restringindo o papel dessas instâncias e ocupando suas pautas com assuntos corporativos. **Isso compromete o diálogo e a atuação conjunta entre movimentos sociais e integrantes da Defensoria**, o que tende a ocasionar o afastamento de atores societais e o consequente insulamento da instituição (MOREIRA, 2019, p. 163 – Grifo nosso).

Segundo Tagiba, Abers e Silva (2018), movimentos sociais que atuam no sentido da transformação ou da manutenção de políticas públicas sempre expressam conflitos mais amplos, relacionados às diferentes concepções (projetos políticos) sobre como a sociedade deve ser organizada. Dessa forma, é imprescindível pensar novas formas de interação e políticas alternativas.

> Nos casos analisados, complexas redes movimentalistas produziram modelos alternativos de políticas públicas, no curso de um longo e intenso processo de experimentações socioestatais, que fecundaram a imaginação política no sentido de produzir novos enquadramentos e soluções para velhos problemas. Seringueiros, povos das florestas, famílias de sem-teto ou moradores de habitações precárias e trabalhadores excluídos do mercado formal de trabalho encontraram nas organizações de movimentos sociais formas de fazer sua voz ouvida nos circuitos de tomada de decisão, e, a partir da troca de informações, recursos e saberes com assessorias técnicas especializadas, religiosos, burocratas, intelectuais militantes e redes transnacionais, traduziram projetos de sociedade em modelos de políticas alternativas. (TAGIBA, ABERS e SILVA, 2018, p. 129)

Em todo caso, os modelos alternativos devem buscar garantir o protagonismo dos grupos sociais subalternos na produção da política, não apenas na disputa pelo acesso aos recursos públicos, mas na defesa de uma gestão democrática e participativa. Ou seja,

os modelos alternativos não devem envolver apenas uma proposta de política, em termos de obras ou serviços públicos, mas também uma forma de participação da sociedade nos processos de formulação e implementação da política, com a consequente passagem de recursos do Estado para a sociedade civil.

Apesar dos avanços, há diversos registros de movimentos sociais que, a partir do processo de Judicialização, passaram ou passam por uma grave perda na sua capacidade de resistência, o que tem prejudicado signicativamente o processo democrático de lutas sociais. É sobre isso que precisamos tratar.

MOVIMENTOS SOCIAIS NO BRASIL: ATAQUES E RESISTÊNCIAS

Segundo Queiroz (2019), os movimentos sociais no Brasil, depois de conquistarem espaço no atendimento de várias pautas de políticas sociais importantes para diversos segmentos na última década, prenunciam um recrudescimento no atual governo do presidente Jair Bolsonaro, eleito em 2018 para um mandato de quatro anos. Nas palavras da autora,

> Declaradamente de orientação política de extrema direita, o presidente, logo depois da posse, tomou medidas que prejudicaram vários segmentos sociais e de minorias no país, representadas por diversos movimentos sociais, na perda de direitos conquistados e limitações de espaço de atuação. No entanto, lideranças desses movimentos estão em um embate com o governo contra as restrições impostas, de luta pela permanência de direitos e no avanço de novas políticas sociais (QUEIROZ, 2019, p. 114-115)

Medeiros (2020) também afirma que as mobilizações de diversos tipos, que marcaram a atuação dos movimentos sociais rurais e urbanos nas últimas décadas, estão em retração e não mais ocupam os espaços públicos expondo suas demandas e fazendo questionamentos ao Estado. Segundo a referida autora, “desde 2019, quando se inicia o governo Bolsonaro, os movimentos parecem estar acuados, premidos pela ausência de possibilidades de diálogo e pelas ameaças de violência e, mais recentemente, tolhidos pelo necessário distanciamento social, relacionado à expansão da pandemia da covid-19”. (MEDEIROS, 2020, p. 492),

Suave, Faermann e Santos (2021) não apenas reafirmaram os posicionamentos de Queiroz (2019) e Medeiros (2020) no sentido de que os movimentos sociais recrudesceram ou retraíram no governo Bolsonaro, como também se intensificaram por meio da criminalização levando há um esgotamento do sistema político e institucional pautada no programa liberal e neoconservador. Isso teria ocorrido especialmente pela crise do governo Dilma, pelo golpe institucionalizado e pelo desastre da gestão Temer.

> Ainda em período de campanha eleitoral, Jair Bolsonaro já apresentava a proposta de tipificar como terrorismo as atividades do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) e do Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST). Logo nos primeiros meses de mandato, expressou a sua

> intenção de alterar a Lei Antiterrorismo (BRASIL, 2016), abrindo espaço para criminalizar esses movimentos. Sucedeu com a aprovação do Projeto de Lei 3.715/2019 (BRASIL, 2019), que permite ao proprietário rural ter o porte de arma em toda a área de sua propriedade, o que antes era restrito apenas a sua casa (SUAVE, FAERMANN e SANTOS, 2021, p. 195).

Segundo Queiroz (2019), são recorrentes os discursos do próprio Presidente da República, de ministros de Estado e de outras autoridades federais com ataques generalizados aos movimentos sociais.

> O secretário de Assuntos Fundiários, do Ministério da Agricultura, Luiz Antônio Nabhan Garcia, em entrevista a uma revista de circulação nacional, atacou o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MTST), ameaçou a Comissão Pastoral da Terra (CPT) e o Conselho Indigenista Missionário (CIMI) com a possibilidade de o governo ingressar com ações criminais contra as entidades ligadas à Igreja Católica, e acusou os pequenos agricultores de corrupção, ao posicionar-se contra o Programa Nacional da Agricultura Familiar (PRONAF). (QUEIROZ, 2019, p. 132)

A referida autora ainda cita outros exemplos de ataques governamentais aos movimentos sociais. Segundo ela, povos indígenas também sofrem perseguição de mineradores e madeireiros, com assassinato de índios e invasão de terras.

> No dia 1 de novembro de 2019 o indígena Paulo Paulino Guajajara foi assassinado à tiros na Terra Indígena Araribóia, na região de Bom Jesus das Selvas, entre as aldeias Lagoa Comprida e Jenipapo, no Estado do Maranhão. Um madeireiro também morreu na troca de tiros. A Terra Indígena Arariboia é composta por etnias indígenas Ka'apor, Guajajaras e Awá-Guajás. As três tribos fazem parte de um grupo chamado "Guardiões da Floresta", formado com o objetivo de proteger a natureza. Os guardiões evitam invasões de madeireiros e incêndio. Durante uma ronda na terra indígena, foram encontrados acampamentos de madeireiros e veículos usados para transportar madeira (QUEIROZ, 2019, p. 132)

Diante das medidas tomadas pelo governo Bolsonaro, movimentos sociais começaram a se articular para a defesa de políticas sociais conquistadas. Segundo Queiroz (2019, p. 134-135), "uma das ações de enfrentamento e resistência realizada em janeiro de 2019 foi a da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib), que buscou a via judicial para tentar evitar a perda de autonomia da Funai. A Apib entrou com uma representação no Ministério Público Federal para tentar reverter a medida".

Observatórios nacionais e internacionais importantes também tem acompanhado as mudanças e as ações do governo federal, como o "De Olho nos Ruralistas, Observatório do agronegócio no Brasil"[2] e a "U.S Network for Democracy in Brazil (USNDB)"[3].

---

2 *De Olho nos Ruralistas* é um observatório do agronegócio no Brasil. De seus impactos sociais e ambientais. Do desmatamento à expulsão de camponeses, da comida com agrotóxicos à violação de direitos dos povos indígenas. Fundado em 2016, enquanto site, e formalizado como associação em 2017, o observatório é coordenado pelo jornalista Alceu Luis Castilho, autor de "O Protegido – Por que o país ignora as terras de FHC" (Autonomia Literária, 2019) e "Partido da Terra – como os políticos conquistam o território brasileiro?" (Contexto, 2012). Para saber mais, acesse: https://deolhonosruralistas.com.br/

3 U.S Network for Democracy in Brazil (USNDB) – Rede nos Estados Unidos pela Democracia no Brasil – foi fundada

O "De Olho nos Ruralistas" publicou vários dossiês. Entre eles, destacam-se o dossiê "Os Financiadores da Boiada: como as multinacionais do agronegócio sustentam a bancada ruralista e patrocinam o desmonte socioambiental"[4] e o "Dossiê Bolsonaro". Este último, consiste num conjunto de relatórios sobre o atual governo, com ênfase nos conflitos de interesses e favorecimentos ao setor privado. São eles: "O Presidente das Bananas", "Incra Máquina de Votos", "Ambiente S/A", "As Veias Abertas" e "Um País sob Censura".

Em "O Presidente das Bananas", constata-se que a hegemonia do agronegócio no Brasil tem sido possível pela difusão e uso indiscriminado de uma série de tecnologias cuja liberação prescinde de estudos aprofundados, debates e participação social no sentido de avaliar seus efeitos ambientais, sociais, econômicos e culturais, além dos danos à saúde humana. Enquanto isso, o governo Bolsonaro vem acentuando seus impactos nocivos.

> […] ao mesmo tempo em que promove políticas para agradar um circuito de aliados próximos e cumprir compromissos eleitorais assumidos, alija os povos do campo e da floresta de seus benefícios. Esse desvirtuamento do interesse público, no caso da bananicultura no Vale do Ribeira, é tecido tanto por ações — como a ampliação da pulverização aérea e a proibição da importação de banana — quanto por omissões — como a paralisação da demarcação de territórios e a ausência de políticas que apoiem as populações mais vulneráveis (DE OLHO NOS RURALISTAS, 2022a, p. 24).

No dossiê "Incra Máquina de Votos", afirma-se que a interrupção do diálogo com movimentos sociais e a "individualização" da reforma agrária tornaram-se as principais diretrizes do Incra sob a gestão de Nabhan Garcia e de Geraldo Melo Filho.

> O próprio Bolsonaro explicou a estratégia, durante uma de suas tradicionais conversas com apoiadores, no "cercadinho" do Palácio da Alvorada. "Você não ouve mais falar em MST", comemorou. "No governo de Fernando Henrique era uma invasão por dia. No nosso governo são quatro por ano. Além de darmos título de terra para mais de 360 mil assentados, que deixaram de integrar o MST e passaram a ficar do lado do bem" (DE OLHO NOS RURALISTAS, 2022b, p. 7).

Em "Ambiente S/A", reconhece-se que o desmantelamento da política ambiental e de seus instrumentos não tem ocorrido sem a resistência dos movimentos sociais, das ONGs

---

em 1° de dezembro de 2018 por 200 ativistas e acadêmicos que se reuniram numa conferência na Faculdade de Direito de Columbia. Durante o encontro, os participantes organizaram 14 Grupos de Trabalho que agora trabalham para coletar e disseminar informação para o público estadunidense sobre os efeitos do avanço da extrema direita na política brasileira e a agenda conservadora do governo Bolsonaro. Também foi formado um Comitê Diretor Nacional, composto por quarenta organizações pertencentes à rede, e um Comitê Executivo para colaborar diretamente com os dois Coordenadores Nacionais. No total, mais de 1.500 pessoas, em 234 faculdades e universidades de 45 estados dos Estados Unidos, somaram-se à Rede. Para saber mais, acesse: https://www.democracybrazil.org/

4 Este dossiê recebeu uma das duas menções honrosas no 4º Prêmio Livre.jor de Jornalismo Mosca. As menções foram concedidas diante da "extrema relevância dos temas". Segundo os organizadores, empresas do negócio se reuniram pelo menos 278 vezes com membros do alto escalão do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Em pauta, temas como a flexibilização de regras para agrotóxicos, a autorização de testes de novas substâncias químicas diretamente em campo (e não em laboratórios) e a autofiscalização sanitária. Os dados compilados pela equipe do observatório indicam que a Syngenta, produtora de agrotóxicos, e uma das principais interessadas no PL do Veneno, foi a campeã na interlocução com o governo, com 81 reuniões; ela foi seguida por JBS, com 75; Bayer, 60; Basf, 26; Nestlé, 23; e Cargill, 13. (Cf. DE OLHO NOS RURALISTAS, 2022). Para saber mais, acesse: https://deolhonosruralistas.com.br/2022/07/18/de-olho-nos-ruralistas-lanca-dossie-sobre-financiamento-da-bancada-ruralista/

e de organizações representativas dos servidores públicos, como é o caso da Associação Nacional dos Servidores Ambientais (Ascema).

> Em 2022, dois despachos de Eduardo Bim tornaram a situação ainda mais catastrófica. Um deles determina que a intimação do infrator para apresentar as alegações finais – parte do processo administrativo em que o autuado faz sua defesa – não seria mais feita por edital, mas sim pessoalmente. Segundo levantamento da Agência Pública, a medida pode fazer a União deixar de receber ao menos R$ 3,6 bilhões em multas por infrações ambientais, além de abrir a possibilidade de infratores condenados pedirem de volta o dinheiro já pago. A Associação Nacional dos Servidores Ambientais (Ascema), que representa servidores do Ibama, Ministério do Meio Ambiente e ICMBio, denunciou o ato de Bim à Procuradoria da República do Distrito Federal, alegando que a medida levará a milhares de prescrições e tirará a credibilidade do trabalho do órgão (DE OLHO NOS RURALISTAS, 2022c, p. 34).

Desta forma, é possível perceber que em um país onde os movimentos sociais participaram ativamente da construção dos marcos legais e das políticas públicas ambientais de forma histórica, suas vozes têm se erguido na denúncia da catástrofe protagonizada pelo governo federal.

Quanto ao dossiê "Veias Abertas", chega-se à conclusão de que a mineração no governo Bolsonaro avança em dois sentidos. A saber:

> De um lado continua atendendo os interesses do setor vinculado à mineração industrial, como a alteração na Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB) por meio da Lei n. 14.066/2020. Por outro lado, a novidade no período Bolsonaro é o renascimento do debate em torno do garimpo. Esse processo traz consigo retrocessos que envolvem outras pautas relacionadas, como política ambiental e desmontes no reconhecimento de direitos dos povos e comunidades tradicionais. O exemplo mais emblemático seja o marco temporal das terras indígenas, ponto adiado por tempo indeterminado no Supremo Tribunal Federal (STF). Enquanto isso, o garimpo avança em direção às terras indígenas em uma frequência devastadora [...]. A abertura das porteiras para a exploração mineral no governo Bolsonaro tem a possibilidade de se aprofundar a partir do Grupo de Trabalho estabelecido na Câmara dos Deputados para a revisão do Código de Mineração (DE OLHO NOS RURALISTAS, 2022d, p. 28).

Para concluir a série de dossiês, em "Um País sobre Censura" afirma-se que o caráter antidemocrático do governo Bolsonaro não se expressa apenas nas violências sistemáticas cometidas contra jornalistas, servidores públicos e líderes de movimentos sociais. Tratar-se-ia de um projeto do capital.

> A censura explícita imposta pelo governo federal nos últimos quatro anos, portanto, não é um objetivo exclusivo do submundo bolsonarista. A erosão dos espaços de debate público é um projeto do capital — dos grandes empresários e de seus representantes no Congresso e no Executivo (DE OLHO NOS RURALISTAS, 2022e, p. 24).

Quanto ao observatório internacional USNDB, que se autodefine como "uma organização nacional descentralizada, democrática e apartidária" possui três objetivos

principais. Além de informar o público estadunidense sobre a atual situação do Brasil, defender avanços sociais, econômicos, políticos e culturais no país busca apoiar movimentos sociais, organizações comunitárias, ONGs, universidades e ativistas etc., que enfrentam diversas ameaças no cenário político atual. Para tanto, elaborou um documento, intitulado de "Recomendações sobre o Brasil para o Presidente Biden e o novo governo dos EUA. Informe de Políticas Públicas", que fornece uma análise contextual da atual situação do Brasil, focando em dez áreas principais e trazendo *uma lista de recomendações em políticas públicas*[5]*.*

Nestas recomendações, a USNDB denunciou a existência de programas de monitoramento de movimentos sociais e da oposição política, levado a cabo a partir de 2020 por meio de estruturas governamentais no Brasil.

> De acordo com denúncias públicas, o Ministério da Justiça começou a "monitorar ativistas", entre os quais estavam professores universitários como Paulo Sérgio Pinheiro, ex-secretário de Direitos Humanos do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso; Luiz Eduardo Soares, ex-secretário nacional de Segurança Pública; e Ricardo Ballestreri, ex-presidente da Anistia Internacional do Brasil (USNDB, 2021, p. 16).

A criminalização do MST foi particularmente destacada pela USNDB.

> O MST foi um dos alvos retóricos preferidos de Bolsonaro durante a campanha presidencial de 2018. Ele exortou, repetidamente, os proprietários de terra a atirarem contra manifestantes. A linguagem incendiária de Bolsonaro veio em meio a uma onda de assassinatos contra líderes rurais, com 70 militantes assassinados em 2017. Em outubro de 2020, uma liderança do MST no estado do Paraná foi sequestrada e executada. (USNDB, 2021, p. 17).

Mas, se o governo Bolsonaro tem adotado uma abordagem mais burocrática para propagar a injustiça no setor rural, paralisando a reforma agrária e reduzindo a praticamente zero os recursos alocados para expropriações, o MST respondeu através de um eixo estratégico de ações amplas, desenhadas para construir uma coalizão com brasileiros urbanos.

> A prática de doação direta de comida é possivelmente a intervenção atual mais visível do movimento. Com o crescimento da fome devido a COVID-19, agricultores do MST têm respondido doando suas safras para pessoas em bairros com altos níveis de pobreza. Da mesma forma, no despertar das queimadas na Amazônia, o movimento se comprometeu a plantar 100 milhões de árvores em dez anos. O movimento também apresentou um plano de emergência que oferece um roteiro para o rápido aumento na redistribuição de terra para famílias carentes (USNDB, 2021, p. 17).

5 Estas recomendações concentraram-se nas seguintes áreas: 1) Democracia e estado de direito; 2) Direitos indígenas, mudanças climáticas e desmatamento; 3) Política econômica; 4) Base Espacial de Alcântara e auxílio militar dos EUA; 5) Direitos humanos: a situação de grupos historicamente marginalizados, defensores de direitos humanos e jornalistas; 6) Violência estatal e brutalidade policial; 7) Sistema de Saúde Pública; 8) Covid-19, pobreza e bem estar; 9) Liberdade religiosa; 10) Trabalho (Cf. USNDB, 2021).

De acordo com Fuhrmann e Bassi (2019), a resistência a medidas do governo Bolsonaro começa com “repúdios” e “representações ao MPF”. Mas, muitas outras formas de resistência dos movimentos sociais no Brasil podem ser enumeradas desde protestos contra invasão dos territórios à atuação direta na Justiça e no Congresso, da promoção da agroecologia e da preservação ambiental às lutas para manter as florestas de pé.

Nesse sentido, destaca-se o programa “De Olho na Resistência”[6]. Conforme Castilho (2021), apresentado pela historiadora Luma Prado, o programa estreou no dia 14 de setembro de 2019, com a seguinte chamada: “Sim, eles existem”[7]. O vídeo teve como destaque a mobilização dos indígenas em Brasília contra o Marco Temporal. Outra notícia importante foi sobre o “Grito dos Excluídos”[8].

> Com a inauguração do projeto audiovisual, De Olho na Resistência ganhou duas editorias especiais: De Olho na Cultura e De Olho na História. O primeiro programa contou como surgiu “Cio da Terra”, o clássico de Chico Buarque e Milton Nascimento, diretamente ligado ao cotidiano de mulheres camponesas. A seção De Olho na História foi inaugurada com a trajetória do cacique Juruna, o primeiro deputado federal indígena do Brasil, nos anos 80. (CASTILHO, 2021)

Dentre as múltiplas formas de resistência dos movimentos sociais, inclui-se ainda o lançamento em Minas Gerais da exposição fotográfica itinerante com 150 retratos da vida de indígenas, quilombolas e camponeses organizada pela Comissão Pastoral da Terra (CPT).

> A importância das imagens é contemplada pela Comissão Pastoral da Terra (CPT), que lança nesta quarta-feira (05) a exposição fotográfica itinerante “Raiz e Resistência: comunidades tradicionais e territórios de vida”. São 150 imagens captadas entre os anos de 2012 e 2018 que mostram o cotidiano de centenas dessas pessoas, que carregam a palavra resistência de maneira intrínseca à existência (DE OLHO NOS RURALISTAS, 2019).

De forma geral, as fotos retratam momentos de enfrentamentos e violências decorrentes de conflitos agrários, cenas cotidianas e a relação com a natureza das comunidades acompanhadas pela CPT. Dentre elas, a foto de Edivaldo Ferreira, intitulada de “Raiz da Resistência”, chama a atenção porque traduz de forma simples, mas não

6 Trata-se de um projeto audiovisual do “De Olho nos Ruralistas” que traz semanalmente notícias, dicas culturais e resgate histórico sobre a vida e as mobilizações dos camponeses, indígenas e quilombolas do Brasil e da América Latina. Fo inaugurado no dia 1º de janeiro de 2019, no primeiro dia do governo Bolsonaro. Para saber mais, acesse: https://deolhonosruralistas.com.br/2021/09/22/conheca-de-olho-na-resistencia-o-programa-jornalistico-sobre-os-povos-do-campo/

7 Apresentado pela historiadora Luma Prado. Neste primeiro vídeo, repercuti a II Marcha das Mulheres Indígenas, que reuniu 5 mil guerreiras de 172 povos em Brasília dizendo ‘não’ ao marco temporal. O programa também traz detalhes sobre o 27º Grito dos Excluídos e o Tribunal dos Povos do Cerrado, além de destacar a produção orgânica e sustentável protagonizada por camponeses e quilombolas, do Paraná à Bahia. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=PZMUMhebhLM

8 A proposta do “Grito dos Excluídos e Excluídas” surgiu em1994, a partir do processo da 2ª Semana Social Brasileira, da CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), cujo tema era Brasil, alternativas e protagonistas, inspirada na Campanha da Fraternidade de 1995, com o lema: A fraternidade e os excluídos. Entre as motivações que levaram à escolha do dia 7 de setembro para a realização do Grito dos/as Excluídos/as estão a de fazer um contraponto ao Grito da Independência. O primeiro Grito dos Excluídos/as foi realizado em 7 de setembro de 1995, tendo como lema *A vida em primeiro lugar*, e ecoou em 170 localidades. Para saber mais, acesse: https://www.gritodosexcluidos.com/historia

simplista, a essência dos movimentos sociais numa única frase: “Não há vitória sem luta”. (Cf. Figura 01).



Figura 01: “Raiz da Resistência” (Autor: Edivaldo Ferreira)
Fonte: DE OLHO NOS RURALISTAS, 2019

Mas, o que seria “vitória”? Conforme Bartholomees (2008, p. 70), muitas vezes essa palavra é empregada indistintamente, inclusive como sinônimo de vencer. Mas, este autor adverte que vencer corresponde a uma etapa ou estágio do processo ao passo que “a vitória será essencialmente total e provavelmente final; que resolverá as questões políticas subjacentes”. Ademais, cabe observar que não existem critérios absolutos que assegurem a vitória. Afinal, podem ambos os lados vencer. Nesse caso, por que lutar? Certamente, porque as lutas nos ensinam e nos inspiram e, sendo assim, homens razoáveis estão sempre em busca de soluções mais adequadas para a solução dos conflitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de judicialização tem conquistado grande notoriedade no cenário político brasileiro a partir da promulgação da Constituição de 1988, marco da democratização do país. Nesse contexto, a judicialização dos movimentos sociais passou a ser um desafio tanto para a política quanto para o direito, havendo a necessidade de teorizar sobre a situação desses movimentos.

Os movimentos sociais são a base de qualquer democracia e o Judiciário possui o precípuo papel de prezar pela participação política como um direito que não pode ser negado, um valor inestimável. O Judiciário não pode funcionar como entrave político para

as reivindicações sociais. O papel do judiciário nas causas que envolvem o judiciário no pólo passivo (e que não se tratem, evidentemente, de abusos cometidos pelo movimento), é de atuar como instância de denúncia da ineficiência de atuação dos demais poderes – seja Executivo ou Legislativo – para a resolução da demanda política, devendo prezar pela preservação da participação política. É a partir dessa premissa que o Judiciário resgata seu compromisso social, demonstrando que não se trata somente de um órgão jurisdicional, mas que possui um papel importante numa democracia.

Mas, como demonstrado anteriormente, a judicialização não é uma via totalmente segura e os movimentos sociais ainda sentem os impactos da sua própria judicialização. Em alguns casos, ela contribui para a desestabilização do processo reivindicativo, funcionando como uma forma de negação da política e do diálogo resultando, inclusive, na criminalização dos movimentos.

Tal situação teria se agravado após a crise do governo Dilma, pelo golpe institucionalizado, pelo desastre da gestão Temer e, especialmente, durante o governo Bolsonaro tendo este agravado a situação de grupos marginalizados, afro-brasileiros, povos indígenas, pessoas LGBTQI+, mulheres e movimentos sociais, através de ações que vão da retórica hostil à violência cometida abertamente e apoiada pelo Estado brasileiro.

Dessa forma, os movimentos sociais começaram a se articular para a defesa de políticas sociais conquistadas, criaram novas estratégias para continuar na luta contra o governo Bolsonaro. Expôs-se assim, duas variáveis de regime que mais importam na política do conflito: a capacidade do Estado e o seu grau de democracia. A capacidade é o que mede o impacto da ação do Estado sobre a população de seu território, sua distribuição, sua atividade, seus recursos. A democracia é o que mede se as pessoas, sob a autoridade de um determinado Estado, gozam de direitos políticos amplos e iguais, e exercem uma influência direta sobre a política e as decisões públicas e se possuem os meios para se proteger da arbitrariedade dos agentes do Estado.

Muitas e muitas formas de resistência foram reveladas. Notas de repúdio, judicialização das políticas públicas, inúmeras manifestações, congressos, eventos de todos os tipos envolvendo diversos atores sociais, aproximações entre as instituições nacionais e estrangeiras, produções audiovisuais, exposições fotográficas, etc. Tudo isso, com base em dois princípios constitucionais: a defesa dos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

Durante o governo de extrema direita de Bolsonaro, os movimentos sociais conviveram com a repressão e o terrorismo, que exigiu dos ativistas e dos movimentos sociais novo ânimo para o embate. Todavia, um novo cenário já se vislumbra com a vitória de Lula nas eleições presidenciais realizadas em outubro de 2022 podendo representar a continuidade desses movimentos ou não. Mas, independentemente das questões político-partidárias, acredita-se que a luta é único caminho que se apresenta.

REFERÊNCIAS

BARTHOLOMEES, J. Boone. A Teoria da Vitória. **Revista Parameters.** Edição do Verão de 2008. Disponível em: <https://www.armyupress.army.mil/Portals/7/military-review/Archives/Portuguese/MilitaryReview_20090430_art012POR.pdf>. Acesso em 18/11/2022.

BORGES, Rebeca Simei da Silva; COSTA, Sâmia Laudêmia Freire; LEITÃO, Macell Cunha. Movimentos Sociais e Poder Judiciário: a judicialização das lutas do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra. **Rev. Campo Juridico**, Barreiras-BA v.8 n.2, p.227-245, Julho-Dezembro, 2020.

BURCKHART, Tiago Rafael. Entre o político e o jurídico: a judicialização dos movimentos sociais e a capacidade de resiliência dos movimentos sócio-ambientais. *Redes:* **R. Eletr. Dir. Soc**., Canoas, v.5, n. 1, p. 243-257, maio, 2017.

CARDOSO, Evorah Lusci; FANTI, Fabiola. **Movimentos sociais e direito:** o poder judiciário em disputa. Manual de Sociologia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARLOS, Euzeneia; DOWBOR, Monika; ALBUQUERQUE, Maria do Carmo Alves. "Movimentos sociais e seus efeitos nas políticas públicas: proposições analíticas e desafios metodológicos". **40° Encontro Anual da ANPCS.** Caxambu-MG: 24 a 28 de outubro de 2016 (ST13 Entre as ruas e os gabinetes: institucionalização e contestação nos movimentos sociais).

CASTILHO, Alceu Luís. De Olho na Resistência. **De Olho nos ruralistas – Observatório do agronegócio no Brasil.** 2021. Disponível em:<https://deolhonosruralistas.com.br/2021/09/22/conheca-de-olho-na-resistencia-o-programa-jornalistico-sobre-os-povos-do-campo/>. Acesso em 18/11/2022.

CATHARINA, Alexandre de Castro. **Movimentos sociais e a construção dos precedentes judiciais.** Curitiba: Editora Juruá, 2015

CHIZZOTTI, Antonio. **Pesquisa em ciências humanas e sociais**. São Paulo: Cortez, 1995.

DE OLHO NOS RURALISTAS. Observatório do agronegócio no Brasil. **Os financiadores da boiada.** Como as multinacionais do agronegócio sustentam a bancada ruralista e patrocinam o desmonte socioambiental. Julho de 2022. Disponível em: <https://deolhonosruralistas.com.br/wp-content/uploads/2022/08/Os-Financiadores-da-Destruicao-2022-ptbr.pdf>. Acesso em 18/11/2022.

________. **O Presidente das Bananas.** Os conflitos de interesse envolvendo Jair Bolsonaro, a Bananicultura e o Vale do Ribeira, em São Paulo. Agosto de 2022a. Disponível em: <https://deolhonosruralistas.com.br/wp-content/uploads/2022/08/O-Presidente-das-Bananas_PTBR.pdf>. Acesso em 18/11/2022.

________. **O INCRA vira Máquina de Votos.** Bolsonaristas lotearam autarquia e usam titula Brasil em campanha, enquanto governo desmonta a Reforma Agrária. Agosto de 2022b. Disponível em: <https://deolhonosruralistas.com.br/wp-content/uploads/2022/08/Incra-Maquina-Votos-PTBR.pdf>. Acesso em 18/11/2022.

________. **Ambiente S/A.** Como o governo Bolsonaro transformou o Ministério do Meio Ambiente em um aliado do setor privado e dos desmatadores. Agosto de 2022c. Disponível em: <https://deolhonosruralistas.com.br/wp-content/uploads/2022/08/Ambiente-SA-PTBR.pdf>. Acesso em 18/11/2022.

________. **As Veias Abertas.** Bolsonaro garante garimpo ilegal nas terras indígenas e mantém MDB no comando da mineração empresarial. Setembro de 2022d. Disponível em: <https://deolhonosruralistas.com.br/wp-content/uploads/2022/09/As-Veias-Abertas-2022-PTBR.pdf>. Acesso em 18/11/2022.

DE OLHO NOS RURALISTAS. Observatório do agronegócio no Brasil. **Um País sob Censura.** Sigilos, Distorção da Lei de Proteção de Dados e ataques a servidores são as marcas da gestão Bolsonaro. Setembro de 2022e. Disponível em: <https://deolhonosruralistas.com.br/wp-content/uploads/2022/09/Um-Pais-sob-Censura-2022-ptbr-1.pdf>. Acesso em 18/11/2022.

________. **Fotografias retratam resistência de povos tradicionais na luta por território.** Junho de 2019. Disponível em: <https://deolhonosruralistas.com.br/2019/06/04/fotografias-retratam-resistencia-de-povos-tradicionais-na-luta-por-territorio/>. Acesso em 18/11/2022.

FUHRMANN, Leonardo; BASSI, Bruno Stankevicius. Resistência a medidas do governo Bolsonaro começa com “repúdios” e representações ao MPF, 2019. **De Olho nos ruralistas – Observatório do agronegócio no Brasil.** Disponível em:<https://deolhonosruralistas.com.br/2019/01/08/resistencia-a-medidas-do-governo-bolsonaro-comeca-com-repudios-e-representacoes-ao-mpf/>. Acesso em 18/11/2022.

MEDEIROS, Leonilde Servolo de. Movimentos sociais no governo Bolsonaro. **Revista da ANPEGE.** v. 16. nº. 29, p. 490-521, ANO 2020. e-ISSN: 1679-768X

MOREIRA, Thiago M. Queiroz. “Defensoria Pública e judicialização: expectativas e desenvolvimento histórico”. In.: OLIVEIRA, Vanessa Elias de (Org.). **Judicialização de Políticas Públicas no Brasil** [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2019.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de (Org.). **Judicialização de Políticas Públicas no Brasil** [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2019.

QUEIROZ, Eliani de Fátima Covem. Os movimentos sociais e o ativismo no Brasil no embate com o governo de extrema direita de Jair Bolsonaro. **Movimentos Sociais**. Vol. 04, num. 06, jan./jun. 2019.

SUAVE, Angela Michele; FAERMANN, Lindamar Alves; SANTOS, Kátia Hale dos. Movimentos sociais, conservadorismo e conjuntura brasileira: delineamentos de uma análise crítica. **Serv. Soc. Rev**., Londrina, v. 24, n.1, p.193-213, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/view/39261/28995>. Acesso em 16/11/2022.

TATAGIBA, Luciana; ABERS, Rebecca; SILVA, Marcelo Kunrath. “Movimentos sociais e políticas públicas: ideias e experiências na construção de modelos alternativos”. In.: PIRES, Roberto; LOTTA, Gabriela; OLIVEIRA, Vanessa Elias de Oliveira (Orgs). **Burocracia e políticas públicas no Brasil:** interseções analíticas. Brasília: Ipea: Enap, 2018.

U.S NETWORK FOR DEMOCRACY IN BRAZIL (USNDB). **Recomendações sobre o Brasil para o Presidente Biden e o novo governo dos EUA.** Informe de Políticas Públicas. 2021. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/wp-content/uploads/2021/02/documento-US-Network-for-Brazils-Democracy.pdf>. Acesso em 17/11/2022.

CAPÍTULO 5

A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA GRATUITA NO DIREITO PENAL, SOB A PERSPECTIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Data de aceite: 01/12/2023

Pollyana Piceli Rodrigues
Aluna do Curso de Direito da Faculdade CNEC Varginha.
Varginha. Minas Gerais.
https://orcid.org/0009-0009-7190-422X

Terezinha Richartz
Doutora em Ciências Sociais. Professora Orientadora da Faculdade CNEC Varginha.
Varginha. Varginha. Minas Gerais.
http://lattes.cnpq.br/9610707436484070
https://orcid.org/0000-0002-8872-1210

RESUMO: Diante da busca pelo fortalecimento da democracia e equidade entre os cidadãos, a Constituição Federal de 1998 instituiu em seu artigo 5º, inc. LXXIV, que o Estado possui a obrigação de prestar assistência juridica integral e gratuita para os que comprovarem insuficiência de recursos (BRASIL, 1998). Entende-se como assistência jurídica a concessão da gratuidade da justiça a garantia de uma assistência judiciária que é exercida pela Defensoria Pública, em respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, como também para aproximar os mais necessitados do acesso à justiça. Através de pesquisa em doutrinas, leis, jurisprudências, e um estudo de caso em uma determinada Vara Criminal da Região do Sul de Minas, foi constatado que ocorre uma divergência de entendimentos no que diz respeito concessão da gratuidade da justiça para os assistidos da Defensoria Pública - que se tratam de pessoas com insuficiência de recursos - nos processos criminais. Perante essa divergência, a presente pesquisa expôs os argumentos em favor da concessão da isenção das custas processuais, e os argumentos que fundamentam o entendimento oposto, concluindo que o benefício deve ser garantido para os assistidos da Defensoria Pública após a analise dessas reflexões.

PALAVRAS-CHAVE: Defensoria Pública. Isenção. Custas Processuais. Justiça Gratuita. Assistência Jurídica.

THE APPLICATION OF FREE JUSTICE IN CRIMINAL LAW, FROM THE PERSPECTIVE OF THE PUBLIC DEFENSE OFFICE

ABSTRACT: Faced with the search for strengthening democracy and equity among citizens, the Federal Constitution of 1998 established in its article 5, inc. LXXIV, that the State has the obligation to provide full

and free legal assistance to those who prove insufficient resources (BRAZIL, 1998). Legal assistance is understood as the granting of free justice and the guarantee of legal assistance that is exercised by the Public Defender's Office, in respect of the principles of ample defense and contradictory, as well as to bring the most needy closer to access to justice. Through research on doctrines, laws, jurisprudence, and a case study in a particular Criminal Court in the Southern Region of Minas, it was found that there is a divergence of understandings regarding the granting of free justice for those assisted by the Public Defender's Office. - that these are people with insufficient resources - in criminal proceedings. In view of this divergence, the present research exposed the arguments in favor of granting exemption from procedural costs, and the arguments that support the opposite understanding, concluding that the benefit must be guaranteed for those assisted by the Public Defender's Office after analyzing these reflections.
KEYWORD: Public defense. Exemption. Procedural Costs. Free Justice. Legal Assistance.

INTRODUÇÃO

Segundo a pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano de 2020, um em cada quatro brasileiros se encontravam em situação de pobreza, e cerca de 12 milhões de habitantes viviam em situação de extrema pobreza. (BRASIL, 2021). Considerando esta pesquisa e diversos fatores como, por exemplo, a pandemia do Corona Vírus que gerou demasiado desemprego e enfraquecimento da economia, podemos concluir que a hipossuficiência é a dura realidade para uma parcela significativa da população.

Diante deste cenário, é inquestionável a importância da Defensoria Pública, pois trata-se de uma instituição que visa proteger os direitos e garantias das pessoas que estão em situação de vulnerabilidade social, através da assistência judiciária gratuita.

Ademais, o Direito possui também como mecanismos que buscam viabilizar o acesso a justiça o instituto da justiça gratuita, que se trata da isenção do adiantamento das custas que um processo pode gerar, e a assistência jurídica que engloba os institutos mencionados anteriormente e as iniciativas do Estado que procuram estreitar a distância existente entre os serviços jurídicos e a população carente. (DIDIER JÚNIOR; OLIVEIRA, 2016, p. 24).

Apesar da existencias dessas garantias, ainda ocorrem divergências de opiniões sobre a aplicação da justiça gratuita (isenção das custas processuais) para assistidos da Defensoria Pública que são pessoas hipossuficientes, principalmente no âmbito do Direito Penal. Sendo assim, o presente trabalho busca analisar esses entendimentos, através de pesquisas sobre o tema e a investigação dos processos de uma determinada Vara Criminal do Sul de Minas.

AS DEFINIÇÕES DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA, GRATUIDADE DA JUSTIÇA, E ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Primeiramente, é necessário para a presente pesquisa difinir a diferença entre justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica. Entende-se como justiça gratuita a isenção de todos os gastos que um processo pode gerar, sendo eles jurídicos ou não. (PIERRI, 2021, p. 4)

Quando se trata da assistência Judiciária, podemos afirmar que:

> A assistência judiciária envolve o patrocínio gratuito da causa por advogado. É, pois, um munuspúblico, consistente na defesa do assistido, em juízo, que deve ser oferecido pelo Estado, mas que pode ser desempenhado por entidades não-estatais, conveniadas ou não com o poder público. É importante acrescentar que, por assistência judiciária, devemos entender ali inserido, todo agente que tenha por finalidade principal a prestação do serviço, ou que o faça com freqüência, por determinação judicial ou mediante convênio com o poder público. (PIERRI, 2021, p. 5)

Portanto, a assistência Judiciária trata-se do âmparo de um defensor para as pessoas que não possuem condições de arcar com as despesas da contratação de um advogado particular.

Além disso, outro instrumento extremamente relevante é o da assistência jurídica, que abrange os conceitos citados anteriomente e acrescenta os serviços jurídicos que aproximam a pessoa hipossuficiente do acesso a justiça. (PIERRI, 2021, p. 7)

Tratam-se de 3 instrumentos extremamente relevantes que foram criados com o objetivo de proporcionar igualdade entre as partes, tendo como base os princípios da isonomia, do direito de ação e do acesso à justiça. (PIERRI, 2021, p. 9)

O BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

A partir desses entendimentos é preciso definir quem é o beneficiário dessas garantias, sendo esta uma dificuldade enfrentada pelo Direito, uma vez que não existe uma regra especifica que determina quem poderá ou não se beneficiar. É mediante a avaliação dos ganhos, como também dos gastos que a pessoa tem, e até que ponto ela poderia arcar com os custos que um processo gera. (PIERRI, 2021, p. 8)

O beneficiário pode ser caracterizado como um necessitado econômico, sendo aquele que não possui condições de arcar com as despesas do processo sem prejuízo de seu sustento e de sua família, ou um necessitado jurídico que se enquadra na esfera penal, no qual independentemente de sua classe social, a defesa técnica tem que estar presente. (PIERRI, 2021, p. 8)

Quando se trata de casos na área cível, essa avaliação é feita através do preenchimento de uma pesquisa sócio - econômica de pessoa natural, na qual quem está solicitando o atendimento preencherá seus dados pessoais, informará sua renda e

de seus parentescos que fazem parte do seu núcleo familiar, e por fim, seus patrimônios constituídos.[1]

Entretanto, quando se trata de casos na área penal, a impossibilidade garantida no art. 261 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) de que o processo ocorra sem que o réu tenha uma defesa técnica constituída, bem como o respeito aos princípos do Contraditório e da Ampla Defesa presentes no art.5º, inc. LV da Constituição Federal (BRASIL, 1988), fazem com que a assistência judiciária da Defensoria Pública, ou de um advogado dativo nomeado, sejam presumidas em processos sem uma defesa técnica particular indicada pelo réu.

Ou seja, para que exista a possibilidade de uma pessoa ser processada criminialmente é preciso que ela tenha um defensor técnico, sob pena de nulidade do processo. É o que dispõe a Súmula 523 do STF: "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".[2]

Sendo assim, o assistido pela Defensoria Pública na esfera cível tem que comprovar sua hipossuficiência, enquanto na esfera penal ocorre as duas situações: a pessoa declara que não possui condições de arcar com as custas de um advogado, ou ela permanece omissa, sem que nenhum advogado particular fale por ela no processo, ocasionando o encaminhamento do caso para a Defensoria Pública.

A IMPORTÂNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA O ACESSO À JUSTIÇA DOS MAIS NECESSITADOS

O papel da Defensoria Pública no acesso à Justiça e igualdade entre os litigantes surgiu em 1970, com a elaboração do Projeto Florença, que tinha como objetivo estreitar a relação entre a Justiça e as pessoas com carência de recursos, através de um diagnóstico dos principáis obstáculos que causam o afastamento dessa relação. (ASSIS, 2019, p. 188)

Após a avaliação, foi concluído que os fatores que dificultavam a proximidade dos mais necessitados com a Justiça seriam a falta de recursos para arcar com o custo que isso gera, a dificuldade de reconhecer os próprios direitos e a ausência de disposição para que queiram exigi-los - principalmente para os que se encontram em estado de extrema vulnerabilidade - e por fim, a efetividade dos direitos difusos nas lides relacionadas à coletividade. (ASSIS, 2019, p. 188)

Diante deste cenário, foram elaboradas soluções que pudessem resolver os problemas encontrados pelo diagnóstico, sendo a primeira delas o desenvolvimento de um sistema que conseguisse permitir uma proteção judicial aos mais vulneráveis. E para isso, foi criado o sistema *salaried staff model* no qual os advogados são contratados pelo Estado,

1 Informação obtida na Defensoria Pública de que para fins de triagem é realizado um questionário de pesquisa socioeconômico de pessoa natural. Esse documento está disponível apenas para membros internos no site da instituição.
2 BRASIL. Superior Tribunal Federal. Súmula nº 523. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula523/false. Acesso em: 22 out 2022.

recebem um salário fixo e ficam encarregados de prestarem a assistência judiciária aos necessitados. (ASSIS, 2019, p. 188)

No Brasil, a ideia de assistência judiciária se regulamentou após o Decreto nº 2.457 de 1897, no qual incluia a designação de um orgão responsável para prestar esse auxílio, mas somente após a criação da Constituição Federal de 1988 que o conceito de Defensoria Pública, juntamente com seus princípios foram estabelecidos. (ASSIS, 2019, p. 188)

Ao falar sobre a carta Carta Magna, Assis diz que:

> A Constituição Federal de 1988 representa o ápice do processo de transição de um regime autoritário rumo à democracia. O modelo jurídico-político adotado pela Carta reflete um Estado Social e Democrático de Direito, marcado pelo intenso compromisso com os direitos fundamentais e com a busca por uma sociedade mais inclusiva e plural, tendo a dignidade da pessoa humana como princípio basilar de todo o ordenamento jurídico. (BRASIL. 2019, p. 197)

Portanto, diante da fragilidade em que se encontrava a democracia, a Constituição foi criada com o intuito de possibilitar a equidade entre os cidadãos tendo como principal inspiração o princípio da dignidade da pessoa humana. Para proporcionar esse fortalecimento da igualdade, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, ela garante que: "LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos." (BRASIL, 1998).

Dessa forma, é de suma importância a existência da Defensoria Pública, pois é através dela que a assistência judiciária é garantida, ou seja, nenhum réu se encontrará desamparado sem uma defesa técnica.

Ademais, o inciso mencionado anteriormente levanta uma questão extremamente pertinente com a presente pesquisa. A assistência jurídica garantida pela constituição abrange também a isenção das custas processuais para os assistidos da Defensoria Pública, diante de uma condenação na esfera penal?

Se por um lado o conceito de assistência judiciária definida no item 2 deste artigo inclui a justiça gratuita como uma garantia aos hipossuficientes, por outro, essa isenção pode ser considerada incompatível com a Constituição, principalmente quando a questão surge em um caso criminal.

OS ARGUMENTOS EM FAVOR DA ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS

De saída, há de ser relembrado que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, atribui o direito do Acesso à Justiça, e com base nesse benefício fundamental, foi criada uma cartela de garantias, dentre elas a Gratuidade da Justica, e as assistências Jurídicas e Judiciárias, as quais procuram equiparar os cidadãos e aproximá-los dos próprios direitos. (COUCEIRO, 2019, p. 1)

A Defensoria Pública – cuja missão institucional e organização estão previstas no art. 134 e seguintes da Constituição Federal – presta a Assistência Judiciária. Entretanto,

apenas a sua atuação não é capaz de suprir a garantia da assistência jurídica integral e gratuita, uma vez que seu conceito foi ampliado após a elaboração da Carta Magna de 1988, e como consequência abrangeu também a Justiça Gratuita. (COUCEIRO, 2019, p. 6)

Para que fique claro a importância da concessão da Justiça Gratuita e por consequência a isenção das custas processuais, é preciso trilhar o caminho que a execução da cobrança dessa condenação ao pagamento percorre.

Primeiramente, cumpri salientar que o art.164 da Lei de Execuções Penais (BRASIL, 1984) indica que a sentença condenatória com transito em julgado possui a força de um título executivo judicial, no qual o Ministério Público terá a competência para executar. Diante de sua inércia, no prazo de 90 dias, a Fazenda Pública passará a ter essa competência, de acordo com o Informativo 927 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2018).

Considerando a segunda hipótese citada anteriomente, diante da inadimplência do condenado, a Fazenda Pública efetuará o lançamento e a inscrição em dívida ativa (BRUNOW, 2011, p. 300). Francamente, uma pessoa que não possui condições de arcar com as despesas de um advogado, declarou sua insuficiência de recursos durante o decorrer processual, e se encontra, em muitos casos, preso ou obtido sua liberdade recentemente, teria condições de arcar com as custas de uma dívida que poderia ter sido evitada através da concessão?

Não foi por outra razão que diversas leis garantiram o direito dos necessitados de exercerem seu direito de acesso à assistência jurídica integral e, principalmente, gratuita.

O atual Código de Processo Civil faz referência à gratuidade de justiça – a qual possui seção própria no aludido Código - sendo de extrema pertinência destacar que, além de também garantir que a gratuidade abarca as custas, taxas e demais valores, o indeferimento da gratuidade deve ser precedido de prova de que o beneficiário não faz jus ao benefício. Transcrevem-se:

> Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.
>
> § 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.
>
> § 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural. (BRASIL, 2015, s. p.)

É fato que, apesar das leis abragerem demasiados assuntos, é possivel que existam lacunas que não foram preenchidas sobre temas de uma determinada esfera do Direito. Trata-se do caso em tela, onde temos uma Lei que discorre sobre a gratuidade dos processos no Direito Civil, mas que poderia ser aplicada perfeitamente ao Direito Processual Penal através da analogia. Entende-se como analogia uma atividade lógica de

tentar aplicar e preencher as lacunas de uma área do Direito com a legislação de uma outra esfera, com o objetivo de atingir a harmonia e Justiça. (PELUSO, 2016, p. 9)

Talvez, o que poderia causar certa conflito, e até mesmo divergência no Direito Penal quando se trata de analogia, é a existência do príncipio da Legalidade. É inegável que a analogia jamais poderia ser aplicada em casos que imputariam ao réu uma pena mais severa, em respeito ao princípio citado anteriomente, entretanto, quando se trata de normas que beneficiariam o réu é comum o seguinte entendimento:

> Por sua vez, a proibição da analogia em Direito Penal é exclusivamente restrita à analogia in malan partem (em prejuízo do réu), enquanto norma geral excludente, por ser a única a conformar a quebra da exigência de Justiça e do imperativo da segurança jurídica e, pois, da telelologia garantística do princípio da legalidade penal; tal limite sistêmico só visa a garantir ao cidadão que este não poderá se ver atingido por crime ou pena que não se façam previstos pela letra da lei, mas não que não possa ser menos castigado ou, até, eximido da pena, se não o prevê literalmente a lei. (PELUSO, 2016, p. 11)

Sendo assim, quando uma pessoa em situação de vulnerabilidade social, e dessa forma sem condições de arcar com as custas prossesuais, está como réu em um processo penal, é perfeitamente possível a aplicação do art. 98 e seguintes do Código de Processo Civil, que isenta o pagamento de custas.

Além dos artigos presentes no Código de Processo Civil, o Provimento Conjunto nº 75/2018 que regulamente o recolhimento das custas processuais em Minas Gerais, discorre em seu art.6º da seguinte forma:

> Art. 6º Não são devidas as custas judiciais, a taxa judiciária e as despesas processuais:
>
> V - pelos beneficiários da gratuidade da justiça ou sob assistência judiciária, enquanto perdurar a condição suspensiva de exigibilidade do pagamento. (MINAS GERIAS, 2018, s. p.)

Como se pode perceber, a pretensão de que o acusado, pessoa hipossuficiente, seja isentada das custas processuais encontra amparo em mais de uma norma, e é resguardada por diversos princípios, sendo medida de direito a concessão do benefício da gratuidade de justiça.

OS ARGUMENTOS CONTRA A ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS

Por outro lado, existem alguns fundamentos que podem justificar o entendimento de que as custas processuais não devem ser isentadas. O mais relevante deles, talvez, seja a declaração de inconstitucionalidade pelo Órgão Especial do TJMG do art.10 da Lei Estadual nº 14.939/03. Nota-se que o referido artigo, em seu paragrafo II, isenta o pagamento das custas aos beneficiários da assistência judiciária, Transcreve-se: Art. 10: São isentos do pagamento de custas: II - os que provarem insuficiência de recursosos beneficiários da assistência judiciária. (MINAS GERAIS, 2003)

Ocorre que, através de um Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0647.08.088304- 2/002 foi decido por voto vencido que este artigo é inconstitucional, devido a divergência apontada pelo Desembargador Paulo Cézar Dias, utilizando como justificativa o argumento de que a norma é inconstitucional devido a incompetência do Estado administração de isentar um tributo que é de Competência do Tribunal de Justiça para fazê-lo.[3]

Outro ponto que merece destaque é que não se pode confundir justiça gratuita com a garantia constitucional de assistência judiciária Integral, e o fundamento é de que a primeira pode ser negada pelo juiz caso entenda que o réu possui condições de arcar com as custas, enquanto a segunda jamais poderia ser impedida pelo juiz, por se tratar de um direito indeclinável no processo penal. Portanto, é perfeitamente possível a concessão da assistência judiciária e o indeferimento da justiça gratuita. (PIERRI, 2021, p. 7)

Ademais, cumpri salientar que o ato ilicito trata-se de um conduta reprovável que gera um dano para a sociedade. Entende-se como dano a causa nociva consecutiva da conduta, e o responsável pela prática tem o dever de repará-lo, sendo este um dos preceitos mais antigos do Direito Penal. (PIMENTAL, 2013 p. 94) Portanto, quando uma pessoa comete um crime, em virtude de sua conduta são acionadas as instituições estatais (Polícias Militar, Civil e Penal, Poder Judiciário e Ministério Público), ocasionando um gasto para o Estado que precisa ser ressarcido pelo condenado.

RESULTADO DA PESQUISA REALIZADA

Diante dos questionamentos à respeito do tema, e para fins de comprovação das divergências existentes entre os entendimentos, foi realizado um estudo de caso no qual foram avaliados 10 processos que correram em uma determinada Vara Criminal do Sul de Minas Gerais em que os assistidos da Defensoria Pública foram condenados ao pagamento das custas processuais, e diante dessa condenação, a Defensoria recorreu pedindo a isenção.

A seleção desses casos ocorreu respeitando dois critérios, o primeiro são casos em que a sentença condenatória foi proferida no ano de 2019, e o segundo são os que o ato ilicito se tratava do crime de furto, previsto no art.155 do Código Penal (BRASIL, 1940)

O motivo da escolha desses critérios se deu pelo fato de que o crime de furto não se qualificada como hediondo, e por consequência, tem menor reprovabilidade social que o crime de homicidio ou tráfico de drogas, por exemplo. Sendo assim, este tipo penal foi escolhido com o objetivo de ser um crime “neutro”, que não envolva questões mais complexas sobre o dano que esta conduta tem o poder de causar.

3 BRASIL. Orgão Especial. Incidente de Arquinição de inconstitucionalidade nº 1.0647.08.088304- 2/002. Tribunal de Justiça. Relator: Desembargador Paulo Cézar Dias. Sessão de 21/09/2015. Disponível em: https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7610/1/BJE127.2015.pdf. Acesso em: 24 out. 2022.

O ano de 2019 foi escolhido a fim de evitar possível influência, nas sentenças proferidas que condenaram ao pagamento das custas, da crise de desemprego gerada pela Pandemia da Covid-19 no ano de 2020.

Portanto, através de uma pesquisa realizada no site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais dos acórdãos que decidiram em 2º instância sobre a isenção das custas processuais, foi constatado que em 7 dos 10 casos o recurso realizado pela Defensoria Pública com o argumento de que a hipossuficiência é presumida devido à necessidade de assistência judiciária, obtiveram sucesso, enquanto 3 casos a isenção não foi concedida.

CONCLUSÃO

Entende-se que a Defensoria Pública possui um papel de extrema importância no que se refere à garantia irrenunciável de uma defesa técnica no processo penal. É através dela que pessoas com insuficiência de recursos conseguem ter uma assistência judiciária mesmo que não possuam condições de arcar com as despesas geradas pela contratação de um serviço privado para desempenhar esse papel.

Foi constatado também, que a assistência jurídica têm o objetivo de aproximar as pessoas com insuficiência de recursos do acesso à jutiça, e para isso, esse instituto engloba a concessão da gratuidade da justiça e a assistência judiciária.

A gratuidade da justiça é concedida para os mais necessitados, e como consequência isenta-os do pagamento das custas processuais. Já a assistência judiciária é concedida no Processo Penal para todos que declararem sua insuficiência de recursos ou para os que não possuem defesa técnica constituída.

Por fim, diante dos reflexões sobre o tema, foi constatado que os argumentos em favor das isenção possuem mais fundamentação em princípios e leis, enquanto os argumentos contra são beseados em uma norma específica que foi considerada inconstitucional, e um entendimento ampliado de reparação do dano pelo réu.

Além disso, a pesquisa realizada indica que a concessão é concedida na maioria dos casos. Pode-se concluir, portanto, que trata-se de um direito que deve ser respeitado e garantido.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Victor Hugo Siqueira. Defensoria Pública: histórico, afirmação e novas perspectivas. **Revista da Defensoria Pública da União**, [S.I.]. n. 12, p. 185-209, 8 nov. 2019.

BRASIL. Presidente da República **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 31 maio. 2022.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Mesmo com benefícios emergenciais, 1 em cada 4 brasileiros viviam em situação de pobreza em 2020**. 2021. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/32420-mesmo-com-beneficios-emergenciais-1-em-cada-4-brasileiros-vivia-em-situacao-de-pobreza-em-2020. Acesso em: 12 abr.2022.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 outubro.2022

BRASIL. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 outubro.2022.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 outubro.2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 maio.2015.

BRASIL. Orgão Especial. **Incidente de Arguinição de inconstitucionalidade nº 1.0647.08.088304-2/002**. Tribunal de Justiça. Relator: Desembargador Paulo Cézar Dias. Sessão de 21/09/2015. Disponível em:< https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7610/1/BJE127.2015.pdf> . Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. I**nformativo nº 279**. 10 dez. 2018. Disponível em: < https://arquivos-trilhante-sp.s3.sa-east-1.amazonaws.com/documentos/informativos/informativo-0927-stf.pdf> Acesso em 24 de out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 523**. 1969. https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula523/false. Acesso em: 22 out. 2022.

BRUNOW, Eliete Josefa Gerondoli Campista. Processo Penal – A execução da Pena de Multa e a Cobrança das Custas do Processo na Ação Penal Pública**. Revista Revista Entre Aspas.** v. 1, p. 291-305, abr. 2011. Disponível em: http://unicorp.tjba.jus.br/unicorp/wp-content/uploads/2019/12/volume-1-artigo-15-PROCESSO-PENAL-%E2%80%93-A-EXECU%C3%87%C3%83O-DA-PENA-DE-MULTA.pdf. Acesso em: 24 out. 2022.

COUSEIRO, Julio Cézar da Silveira. Gratuidade da Justiça: Um Importante Instrumento de Acesso à Justiça. **Revista Eletrônica OAB/RJ**, Rio de Janeiro, v. 30, jul.dez, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da justiça gratuita: de acordo com o novo CPC.** Salvador: JusPodivm 2016.

MINAS GERAIS. **Lei 14.939.** Capítulo III – Da Não- incidência e das Isenções. Art. 10.. 2003. Disponível em: http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/l14939_2003.html. Acesso em 24 de out. 2022.

MINAS GERAIS. **Provimento Conjunto nº 75**. Capítulo II - Das Regras Específicas de Pagamento. Art. 6. . 2018. Disponível em: http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/vc00752018.pdf. Acesso em 24 de out. 2022.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Analogia e Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 118, p. 159-184, jan.fev, 2016.

PIERRI, j. Diferenças Entre Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita. **Revista Saber Digital**, [S. l.], v. 1, n. 01, p. 1–11, 2021. Disponível em: https://revistas.faa.edu.br/SaberDigital/article/view/1027. Acesso em: 31 maio. 2022.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Delito e reparação do dano, no anteprojeto do Código Civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, [S. l.], v. 67, p. 93-114, 1972. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66645. Acesso em: 24 out. 2022.

CAPÍTULO 6

UMA INTERSECÇÃO ENTRE LEI MARIA DA PENHA E O CRIME DE STALKING

Data de submissão: 08/10/2023 *Data de aceite: 01/12/2023*

Brenda de França de Araujo
Universidade Estadual do Oeste do Paraná (Acadêmica)
Marechal Cândido Rondon – Paraná
http://lattes.cnpq.br/3164358036608522

Aline Hauenstein Lemes
Universidade Estadual do Oeste do Paraná (Acadêmica)
Marechal Cândido Rondon – Paraná
http://lattes.cnpq.br/2581033993441790

Adriana do Val Alves Taveira
Universidade Estadual do Oeste do Paraná (Docente)
Marechal Cândido Rondon – Paraná
http://lattes.cnpq.br/4657880674303955

Marcelo Wordell Gubert
Universidade Estadual do Oeste do Paraná (Docente)
Marechal Cândido Rondon – Paraná
http://lattes.cnpq.br/6140332452045032

RESUMO: O presente trabalho visa realizar uma exposição jurídica do aperfeiçoamento feito pelo legislador no que se trata do crime de perseguição, em conjunto ao trato da violência contra a mulher. Busca-se demonstrar a importância desta continuidade legislativa, devido ao entrelaçamento da prática do crime de *stalking* com o ciclo da violência doméstica e a concessão das Medidas Protetivas de Urgência, com base em uma análise bibliográfica e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Perseguição. Violência contra mulher. Continuidade legislativa

AN INTERSECTION BETWEEN THE MARIA DA PENHA LAW AND THE STALKING CRIME

ABSTRACT: This work aims to provide a legal exposition of the advances made by the legislator with regard to stalking, together with the treatment of violence against women. It is intended to demonstrate the importance of this legislative continuity, by intertwining the practice of the crime of stalking with the cycle of domestic violence and the granting of Emergency Protective Measures, based on bibliographic and jurisprudential analysis.

PALAVRAS-CHAVE: Stalking. Violence Against Women. Legislative Continuity

INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher e a prática da perseguição não são situacionalidades novas dentre os problemas existentes no seio de nossa sociedade. A Lei Maria da Penha proporcionou visibilidade da violência contra o gênero feminino, contudo, é certo que muito há o que se fazer para substancializar os direitos por ela almejados.

No enredo proporcionado pelo dirigismo programático da Lei n. 11.340/2006, faz-se necessário criar instrumentos para sua aplicação, já que muitos são os contextos nos quais as mulheres podem estar inseridas quando o assunto é violência. Neste passo, a perseguição é um relato fatídico na teia relacional do ciclo da violência, panorama que não era visto como crime até a edição da Lei n. 14.132/2021, enquadrando-a como crime no art. 147-A do Código Penal (e não mais na lei de contravenções penais).

Para tratarmos desta conectividade legislativa e sua importância no cenário descrito em supra, buscou-se dividir a pesquisa em dois enfoques principais. Em um primeiro momento, a perquirição reside em esclarecer o significado de perseguição, para em seguida tratar da sua amplificação devido a ascensão proporcionada pelas mídias sociais, bem como a concatenação jurídica da Lei de *Stalking*. O enfoque reside no entendimento desta prática delitiva, ou seja, na sua contextualização com a caracterização do sujeito que ocupa o polo ativo do crime, com uma pesquisa bibliográfica qualitativa.

Já em um segundo momento, buscou-se delinear a relação do crime de perseguição com o papel preventivo da Lei Maria da Penha e suas peculiaridades, isto na iminência de demonstrar o valor da tipificação legal do *stalking* como crime para a concessão das Medidas Protetivas de Urgência, por meio de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

O TERMO "PERSEGUIÇÃO"

A análise do tema de *stalking,* em um contexto de violência de gênero, necessita de conceituação, e também da demonstração de como afeta recorrentemente as mulheres. Esse termo é um estrangeirismo proveniente do inglês. Sua tradução, segundo o Dicionário Michaelis online, seria a de "caça a espreita". No contexto estudado, tendo em vista a nova Lei de *Stalking*, que altera as tipificações do crime de perseguição, enquadrar-se-ia como tal. Este vocábulo, no entanto, não traduz com exata significação o que é, de fato, o *stalking* (Ferreira, 2013). Segundo Mullen (2001, apud Ferreira), o *stalking* caracteriza-se como uma conduta persecutória de assédio e importunação. Segundo Ferreira (2013), enquanto na definição clássica da palavra a perseguição (do inglês *stalk*) possui uma natureza sombria de caça, em uma dinâmica envolvendo um predador – que se aproxima sem ser notado – e a presa, no que se refere a comportamento humano o termo adota contornos de conduta insistente e reiterada de intimidação de uma pessoa por meio de atos de perseguição.

Essa conduta de assédio recorrente e persecutório se apresenta na sociedade com distintivas marcas de gênero. Segundo relatório de estudo conduzido em Portugal (MATOS,

org.), em relação ao sexo da vítima, o perseguidor era, na maioria das vezes, do sexo masculino: 68% do total eram homens, e 91% das vítimas do sexo feminino apontaram que seus perseguidores eram homens. Ainda segundo esse estudo, os comportamentos persecutórios masculinos eram de natureza muito mais agressiva que o observado em perseguidoras mulheres, a exemplo de "comportamentos como 'agredir física e/ou sexualmente a vítima' […], 'perseguir a vítima' […], 'ameaçar a vítimas e pessoas próximas' […] e 'agredir ou prejudicar terceiros"' […] (MATOS, p.36). Além disso, o estudo comprovou a existência de discrepâncias entre os sexos no que diz respeito às áreas de saúde física, psicológica, e estilo de vida, sendo as mulheres mais afetadas nessas áreas.

Diante disso, é possível observar que a prática do stalking é mais cometida por homens, que demonstram maior agressividade e violência, enquanto mulheres são as mais afetadas física e psicologicamente que homens na mesma situação de perseguição.

STALKING COMO CRIME PELO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Em 31 de março de 2021 foi aprovada a Lei n.14.132, que acrescentou o artigo 147-A ao Código Penal, prevendo o crime de perseguição e revogando o artigo 65 da Lei das Contravenções Penais. Até esse presente momento, o *stalking* era tipificado como contravenção conforme o supracitado artigo 65, ou seja, perturbação da tranquilidade. Porém, conforme explica Novais (p. 26), o comportamento persecutório se revela mais grave do que a pena que lhe era cominada (no máximo 2 meses), o que acabou por motivar a tipificação do *stalking* como uma norma autônoma. Ainda segundo ARAÚJO (p. 9), "o crime de perseguição passou a ser visto como ocorrência de nível grave, ao ser elevado como crime, obtendo, portanto, tratamento penal mais rígido, com reclusão a ser estabelecida de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, além de multa".

O crime de *stalking*, portanto, passa a ser analisado com a devida gravidade pelo ordenamento jurídico brasileiro, por meio da nova lei, de autoria da senadora Leila Barros. Tal dispositivo apresenta aspectos importantes que merecem algum destaque. O primeiro deles é a conceituação do crime de perseguição. Segundo a redação da lei, a conduta tipifica-se como o ato de "perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade". Pacifica-se, portanto, o que se caracteriza como *stalking*.

Apesar do aspecto positivo de tal iniciativa, verifica-se que o ato persecutório deve ser reiterado. Anteriormente à lei, qualquer ato que perturbasse a vítima, ainda que a primeira conduta persecutória, poderia ser punido. Com o advento do novo dispositivo penal, é necessário que seja uma conduta repetida. Ou seja, para que os primeiros atos de perseguição sejam punidos e repelidos pela norma penal, devem ser tais que possam ser tipificados em outras condutas criminosas (tais como ameaça, violência, etc.).

Em suma, o crime de perseguição é crime comum, e possui como objeto jurídico a ser protegido é a liberdade individual e a tranquilidade, enquanto o seu elemento nuclear é o verbo perseguir caracterizado pela reiteração. Essa perturbação deve ser capaz de gerar danos à integridade física, psíquica ou no direito de locomoção da vítima, por qualquer meio, ou seja, é um delito de forma livre, plurissubsistente e instantâneo.

Ao dizer que esse delito é reconhecido como um crime de forma livre quanto ao seu meio de execução significa que a conduta nuclear do tipo pode ocorrer tanto no plano fático da vida, quanto de maneira virtual, o que traz à tona a modalidade remota do crime de perseguição, conhecido como *cyberstalking*. Apesar de não expressa de maneira escrita no tipo penal, ao qualificá-lo como delito de forma livre, podemos associar o *cyberstalking* como espécie da qual o *stalking* é gênero. Os comportamentos que caracterizam a perseguição são amplos, levando em consideração o resultado na vítima – ameaçando sua integridade, perturbando sua esfera de liberdade, etc. Nesse sentido:

> (...) cyberstalking não [é] entendido como distinto do stalking, mas sim como uma estratégia i) inovadora, ii) versátil (variedade de recursos mediadores e de potenciais atos indesejados), iii) competente (assédio em vários contextos, na esfera pública e privada), iv) omnipresente (maior probabilidade de contacto diário com o alvo) e v) extensa (maior alcance no número e na diversidade de alvos). (MATOS, PEREIRA, 2015. p.).

Nesse caso, a Tecnologia da Informação e Comunicação é meio de execução no iter criminis, sendo as redes sociais uma fonte poderosa para os *stalkers*. Nas redes, a própria vítima fornece ferramentas (informações sobre si mesma, tal como localização, hobby e círculo social) para os atos persecutórios. Por meio delas os perseguidores costumam mandar diversas mensagens, criar perfis falsos, ligações excessivas, ameaças e intimidações as quais degradam a liberdade e a segurança do indivíduo. Como já demonstrado, a principal vítima desse comportamento obstinado são as mulheres.

Por conseguinte, destaca-se o fato de a própria lei prever aumento de pena no caso do crime ser cometido contra a mulher, por razões do sexo feminino. A pena, que é de seis meses a dois anos, é aumentada na metade se o crime é cometido contra a mulher por razões do sexo feminino, ou seja, em situações de violência doméstica e familiar, bem como ao menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Esse dispositivo é de suma importância para a proteção destas vítimas, que se encontram em situações de perseguição sofridas e em contexto de violência de gênero.

Temos um cenário preocupante no que diz respeito à violência contra a mulher e sua relação com o *stalking.* Somado a isso, tem-se a nova realidade mundial das redes sociais. A dinâmica de tais espaços virtuais é baseada principalmente na divulgação de aspectos pessoais do usuário, como locais frequentados, amigos e familiares. As pessoas têm uma enorme facilidade de se encontrar na rede, tornando-se “seguidores” uns dos outros. Por isso, nesse contexto virtual, a dificuldade em se combater e identificar os comportamentos persecutórios aumenta.

A RELAÇÃO DO CRIME DE PERSEGUIÇÃO COM A LEI MARIA DA PENHA

Para tratar da intersecção entre a Lei nº 14.132/2021 e em conjunto com os contornos peculiares da Lei Maria da Penha, em um primeiro momento, faz-se preciso realizar uma elucidação quanto ao sujeito, considerado polo ativo do delito, enquanto "autor de violência" (terminologia utilizada para tratar do sujeito que realiza a prática delitiva em casos de violência doméstica) e "*stalker*". Isto, pelo fato da verossimilhança de seus papéis, que se alternam ao longo do ciclo da violência sofrido pela vítima.

A conexão mencionada acontece pela conjuntura, na qual aquele considerado como *stalker,* ou *cyberstalker*, se comporta. Isto porque, tanto nos casos de violência doméstica quanto nos casos de perseguição, tem no sofrimento da vítima apenas um meio para auferir a situação de fato e estado que ele tanto almeja. Comumente tal panorama existe por causa de uma rejeição praticada pelo ofendido, como por exemplo numa reconciliação de um relacionamento amoroso. (JÚNIOR, 2022, p.11)

Para ser considerado como ato de *stalking*, conforme afirma Damásio de Jesus (2008), os comportamentos do autor de violência devem implicar na invasão de privacidade de maneira repetida, gerando dano à integridade psicológica e emocional, lesando sua reputação, o que culmina na alteração de modo de vida e na restrição da liberdade de locomoção. O comportamento demonstra-se como um empecilho para a rotina da mulher de maneira digna. Isso porque os atos persecutórios causam uma estagnação da vontade própria da mulher enquanto sujeito de direito, em detrimento dos impulsos psicológicos inferidos devido a manipulação do *stalker*.

Cabe salientar que o ensejo inaugural de convergência entre a Lei n. 11.340/2006 e 14.132/2021 é a busca da garantia da proteção da vida íntima da mulher. Em uma sociedade cada vez mais invasiva e interconectada, a criminalização da perseguição vai ao encontro dos anseios da sociedade, vez que a esfera relacional do sujeito pós-moderno acaba por exigir rigidez do próprio direito penal (mesmo enquanto ultima *ratio*) pelo zelo da privacidade do indivíduo.

Ao tratar da questão da perseguição e as particularidades da violência contra a mulher, abrangida pela Lei Maria da Penha, pode-se inferir que o denominado ciclo da violência e o quadro de perseguição realizado pelo *stalker* encontram seu ponto de convergência no motivo da ação.

De acordo com Bitencourt "os motivos determinantes da ação constituem toda a soma dos fatores que integram a personalidade humana e são suscitados por uma representação cuja idiomaticidade tem o poder de fazer convergir, para uma só direção, todas as nossas forças psíquicas."

A inclinação para o ato de perseguição dentro do ciclo de violência pode ser variada, de acordo com o tipo de relação entre a vítima e seu agressor, não sendo possível, portanto, especificá-la. Contudo, no momento em que o autor de violência soma a conduta

daquele considerado como *stalker*, pode se inferir que a motivação dos atos invasivos de privacidade, se interconectam com situações vividas dentro da conjuntura do próprio ciclo da violência, caso a caso em suas peculiaridades.

Em um sentimento de posse da vontade própria da vítima, com uma manipulação na esfera psicológica. Essas situações podem acontecer tanto ao término do relacionamento, durante a vida conjugal ou até mesmo sem nunca ter conhecido a vítima. Estamos na dianteira de uma forma de violência psicológica, que priva a vítima do exercício de suas liberdades básicas pelo ávido desejo de outrem.

Em suma, denotamos uma intersecção de práticas na feita supramencionada, na qual o sujeito, ora age como autor de violência e *stalker*, para a consecução da prática delitiva durante o iter criminis. Temos assim uma conjunção correlacionada, a qual teve especial atenção do legislador no sobrepeso da pena, quando a conduta o *stalking* é feita contra a figura feminina:

> Art. 147-A A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa
>
> § 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:
>
> **II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;** (grifo nosso)

Desse modo, o legislador prezou pela liberdade individual e a tranquilidade pessoal da mulher, sendo sabido que a vítima "típica" do *stalking* é a mulher com idade aproximada à do *stalker*, tendo existido entre eles algum tipo de relacionamento íntimo (JÚNIOR, 2022, p.27).

Para mais, o olhar atento, inferido pela continuação da tipificação penal com a Lei n. 14.132/2021, permite uma ótica assertiva na construção jurisprudencial para a concessão de medidas protetivas de urgência. As Medidas Protetivas de Urgência são determinações judiciais que visam a proteção da mulher em situação de violência doméstica, conforme o Capítulo II da Lei 11.340/2006, determinando o afastamento do autor de violência e a restituição de eventuais danos contra a vítima.

Constatada a situação de violência doméstica nos termos da lei predita, o art. 22 da Lei Maria da Penha confere as Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor, que são aplicadas de imediato, em conjunto ou separadamente. Dentre estas, cabe-nos destacar os incisos II e III, alíneas "a-c", e IV, que visam o afastamento do agressor da esfera sócio-relacional da ofendida e de seus familiares, fixando limites de aproximação, proibindo contato e frequentação de determinados locais. Destarte, visam coibir situações de violência decorrentes da perseguição da ofendida e de terceiros, que possam engendrar quadros de violência, seja ela física, psicológica ou moral.

Com base no exposto, cumpre consignar a importância do Art. 147-A, § 1º do Código Penal, para o auxílio não somente na concessão de Medidas Protetivas que Obrigam o Agressor, mas também no efetivo cumprimento destas, vez que o prisma forjado proporciona um ambiente propício ao Magistrado, no dever de proteção às vítimas de violência doméstica e perseguição por parte do autor de violência.

Para exemplificar o ensejo denotado, colacionam-se dois precedentes. No primeiro, anterior ao enquadramento de perseguição como crime pelo Código Penal, a persistência do autor de violência, no decorrer de sua prática delitiva de perseguição, culminou não só no descumprimento da medida protetiva, mas também na violência sexual contra a vítima. Nota-se que, talvez pudéssemos ter um desfecho diferenciado para a situação, isto se a prática reiterada de perseguição no tempo do ocorrido tivesse enquadramento adequado pela legislação. Observa-se:

> **HABEAS CORPUS - CRIMES DE ESTUPRO, DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA, VIAS DE FATO, CONSTRANGIMENTO ILEGAL (ART. 213 E ART. 146, §1º, DO CÓDIGO PENAL, ART. 24-A, DA LEI 11.340/2006 E ART. 21 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS) - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NO DECORRER DA INSTRUÇÃO CRIMINAL - SENTENÇA QUE INDEFERIU A POSSIBILIDADE DE O PACIENTE RECORRER EM LIBERDADE** - fundamentação adequada - AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO FÁTICA - NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - PERICULOSIDADE DO PACIENTE DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI E PELA POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DELITIVA - PACIENTE QUE DESCUMPRIU MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA, AMEAÇOU, AGREDIU E OBRIGOU A VÍTIMA, SUA EX-CONVIVENTE, A MANTER CONJUNÇÃO CARNAL COM ELE - VÍTIMA QUE REGISTROU 7 (SETE) BOLETINS DE OCORRÊNCIA CONTRA O PACIENTE EM RAZÃO DA PERSEGUIÇÃO SOFRIDA APÓS O TÉRMINO DO RELACIONAMENTO - PACIENTE REINCIDENTE - paciente que permaneceu preso durante a instrução criminal, persistindo OS MOTIVOS AUTORIZADORES DA MEDIDA EXTREMA - REGIME FECHADO ESTABELECIDO NA SENTENÇA - PRECEDENTES STF - insuficiência e inadequação das medidas cautelares diversas da prisão dispostas no art. 319 do código de processo penal - EVENTUAIS condições pessoais favoráveis que, por si sós, não obstam a decretação da prisão preventiva - ORDEM DENEGADA. (TJPR - 3ª C.Criminal - 0056576-94.2020.8.16.0000 - Apucarana - Rel.: JUÍZA DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU ANGELA REGINA RAMINA DE LUCCA - J. 26.10.2020)

Pode-se vislumbrar que a conduta do paciente apresenta indiscutivelmente as características do comportamento realizado pelo *stalker.* Faz-se tal inferência, devido i) modus operandi; ii) reiteração, devido aos sete boletins de ocorrência em razão da perseguição; iii) término de um relacionamento amoroso. Julgado o qual comprova a tese que o olhar do legislador fora extremamente congruente ao fixar olhar diferenciado à situação do gênero feminino nos crimes de perseguição.

Para mais colaciona-se um segundo precedente, agora com a tipificação atinente a continuação da contravenção penal, considerando perseguição como crime:

HABEAS CORPUS - IMPORTUNAÇÃO SEXUAL (ART. 215-A, CAPUT, C.C. ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL), AMEAÇAS (ART. 147, CAPUT, C.C. ART. 61, II, F, DO CÓDIGO PENAL), PERSEGUIÇÃO (ART. 147-A DO CÓDIGO PENAL) E DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA (ART. 24-A DA LEI N 11.340/2006) - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA - FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA - PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DOS ARTS. 312 e 313, inciso iii, ambos DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA - reiterados descumprimentos da medida judicial de urgência fixada em favor da vítima, entrando em contato com a OFENDIDA e se aproximando DELA a fim de proferir novas ameaças e persegui-la - INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO APROFUNDADA, NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS, SOBRE OS crimes IMPUTADOS – PRISÃO PREVENTIVA que se faz necessária para GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA execução da medida protetiva de urgência - MANUTENÇÃO da custódia que visa a preservar a integridade física e psicológica da ofendida -insuficiência e inadequação das medidas cautelares diversas da prisão dispostas no art. 319 do código de processo penal - ORDEM DENEGADA. (TJPR - 3ª C.Criminal - 0074694-84.2021.8.16.0000 - Marechal Cândido Rondon - Rel.: JUÍZA DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU ANGELA REGINA RAMINA DE LUCCA - J. 22.02.2022).

(I) APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CRIMES DE PERSEGUIÇÃO E DE AMEAÇA. CONDENAÇÃO. (II) CRIME DE PERSEGUIÇÃO (“STALKING”). PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA COERENTE E HARMÔNICA EM AMBAS AS FASES DA PERSECUÇÃO CRIMINAL. DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE ATOS PERSECUTÓRIOS DE FORMA REITERADA, CONSISTENTES EM AMEAÇA À INTEGRIDADE FÍSICA E NA INVASÃO E PERTURBAÇÃO DA ESFERA DE LIBERDADE E PRIVACIDADE DA VÍTIMA. CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A AMPARAR O DECRETO CONDENATÓRIO. INAPLICABILIDADE, NO CASO EM EXAME, DO PRINCÍPIO “IN DUBIO PRO REO”. CONDENAÇÃO MANTIDA. (III) CRIME DE AMEAÇA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. ACOLHIMENTO. INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ABSORÇÃO DO CRIME DE AMEAÇA (CRIME-MEIO) PELO DE PERSEGUIÇÃO (CRIME-FIM). ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. (IV) DOSIMETRIA PENAL. (IV.1) POSTULADA FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. INVIABILIDADE. VEDAÇÃO PREVISTA NO ART. 33, §2º, ALÍNEA “C”, DO CÓDIGO PENAL, TENDO EM VISTA A REINCIDÊNCIA DO RÉU. (IV.2) PRETENDIDO AFASTAMENTO DA INDENIZAÇÃO MÍNIMA POR DANO MORAL. INADMISSIBILIDADE. PEDIDO EXPRESSO NA DENÚNCIA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA DEVIDAMENTE OBSERVADOS. DANO “IN RE IPSA”. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SEDE DE RECURSOS REPETITIVOS (TEMA 983). (IV.3) POSTULADA REDUÇÃO DO “QUANTUM” INDENIZATÓRIO. VIABILIDADE. MONTANTE QUE SE REVELA EXCESSIVO CONSIDERANDO A CONDIÇÃO SOCIOECONÔMICA DO RÉU. (V) RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJPR - 1ª Câmara Criminal - 0004713-34.2021.8.16.0075 - Cornélio Procópio - Rel.: DESEMBARGADOR ADALBERTO JORGE XISTO PEREIRA - J. 18.02.2023)

O enquadramento da ação do autor de violência encontra, agora na lei 14.132/2021, o delineamento adequado para tipificar o proceder do *stalker* na estrutura cabal do ciclo de violência além de fornecer o respaldo necessário para decisões judiciais que venham a efetuar o cumprimento das medidas protetivas de urgência, no âmbito da Lei Maria da Penha. Como o demonstrado no precedente acima, o qual manteve a prisão preventiva, dado ao comportamento reiterado comprovado pela autora, fornecendo assim indícios suficientes para comprovar o seu modus operandi, nas situações de violência.

Sob tal perspectiva, delineia-se um importante parâmetro para tratar das questões relativas à perseguição em casos de violência doméstica. Isso porque, como já mencionado, a necessidade da proteção da vida privada adquiriu novos contornos nas últimas décadas, devido a alta conectividade e o trânsito de informações de forma imediata, tornando a prática do *stalker* possível, também de forma cibernética (*cyberstalking*).

Em suma, o ressalte da importância da manutenção da seguridade da mulher, enquanto polo passivo deste tipo de violência na maioria dos casos, é de relevância para a manutenção do bem jurídico relativo à vida da mulher, bem como a sua dignidade e autonomia, frente a conjuntura tortuosa da violência doméstica no Brasil.

CONCLUSÃO

A evolução legislativa da perseguição enquanto crime no Brasil revela a importância da proteção da liberdade individual e da segurança dos indivíduos, ao retirar tal conduta criminosa da branda esfera das contravenções penais. A nuance destacada é o reconhecimento da mulher enquanto principal vítima do crime de perseguição, e a intersecção inferida a partir do art. 147-A do Código Penal com a Lei n. 11.340/2006.

Podemos afirmar que as Medidas Protetivas de Urgência, previstas na Lei Maria da Penha, são primordiais para desvencilhar as mulheres do ciclo de violência que estão submetidas. A partir do escopo material do art. 147-A, §1º, II elucida-se a hermenêutica, tanto para com o novo dispositivo quanto para com o ordenamento como um todo.

A ligação apresentada alicerça a concessão dessas medidas na conduta de perseguição, agora como crime, tornando tal panorama um prisma para cessar situações de violência contra mulher em seu estágio inicial. Por conseguinte, entende-se a evolução legislativa abarcada pelo art. 147-A como uma peça fundamental para o combate da violência contra a mulher no Brasil.

REFERÊNCIAS

AMARAL, E. C. LEI MARIA DA PENHA: CAMINHOS PARA A EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS. **Caderno de Graduação – Humanas e Sociais** – UNIT – PERNAMBUCO, [S. l.], v.2, n. 3, p. 115, 2017. Disponível em: https://periodicos.set.edu.br/facipehumanas/article/view/3680. Acesso em: 02 jan. 2023.

ÁVILA, Thiago Pierobom de. Medidas protetivas da Lei Maria da Penha: natureza jurídica e parâmetros decisórios. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 157, p. 131-172, jul. 2019. versão on-line

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva 2009.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 23 jan. 2023

BRASIL. Presidência da República**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jan. 2023

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Brasilia, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm . Acesso em: 11 jan. 2023.

DE VASCONCELOS, N. G.; MACEDO, M. N. STALKING E O NOVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: DESMISTIFICANDO CONCEITOS DE UMA PROBLEMÁTICA EMERGENTE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. **Carpe Diem: Revista Cultural e Científica do UNIFACEX**, [S. l.], v. 13, n. 1, p. 17–34, 2015. Disponível em: https://periodicos.unifacex.com.br/Revista/article/view/606. Acesso em: 22 jan. 2023.

DINIZ, Anaílton Mendes de Sá. **MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA : NATUREZA JURÍDICA:** REFLEXOS PROCEDIMENTAIS. 2014. 21 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Ministério Público, Fortaleza, 2014. Disponível em: . Acesso em: 11 jan. 2023.

FERREIRA, Joana Patrícia Martins. **Stalking Como Forma de Violência nas Relações de Namoro.** Cristina Soeiro. 2013. 93 f. Dissertação Mestrado – Psicologia Forense e Criminal, Instituto Superior de Ciências da Saúde Egas Moniz. Disponível em: https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/6243/1/2013_Ferreira%2c%20Joana%20Patr%c3%adcia%20Martins.pdf. Acesso em 22 jan. 2023

MICHAELIS moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/. Acesso em: 23 jan. 2023.

MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2020.

NOVAIS, Augusta dos Santos et al. **Criminalização do stalking: uma sobre a (im) possibilidade de análise na Lei Maria da Penha**. 2021.

Pereira, F.; Matos. M. CYBERSTALKING ENTRE ADOLESCENTES: UMA NOVA FORMA DE ASSÉDIO E PERSEGUIÇÃO?. **Psicologia, Saúde e Doenças.** 2015;16(1):57-69. ISSN: 1645-0086. Disponível em: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=36237156007. Acesso em: 22 jan. 2023.

ROSA DE ALMEIDA, K.; VETIS ZAGANELLI, M. CYBERSTALKING: DO ENQUADRAMENTO ATUAL À NECESSIDADE DE TUTELA ESPECÍFICA – UMA ANÁLISE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E DO DIREITO COMPARADO. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**, *[S. l.]*, v. 31, n. 1, 2021. DOI: 10.9771/rppgd.v31i1.36359. Disponível em: https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/36359. Acesso em: 23 jan. 2023.

ROSA, Jeová. **A Tipificação do Stalking: uma análise sobre o novo tipo no ordenamento jurídico brasileiro**. 2022.

SANCHES, H. C.; ZAMBONI, J. A natureza jurídica das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha e suas implicações procedimentais. **Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, v. 13, n. 29, p. 1-32, 17 dez. 2018.JÚNIOR, Ernesto Coutinho**. Stalking, Cyberstalking – crime de perseguição**. Editora Cronus, São Paulo, 2022.

SENADO FEDERAL, Instituto Legislativo Brasileiro. **Dialogando sobre a Lei Maria da Penha**. Disponível em: http://saberes.senado.leg.br. Acesso em 11 jan. 2023.

VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS, RACISMO ESTRUTURAL E SISTEMA PRISIONAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Data de aceite: 01/12/2023

Thiago Bazi Brandão

RESUMO: A construção da agenda dos direitos humanos está relacionada a defesa do atendimento às necessidades de pessoas e grupos sociais prejudicados por relações de conflito, abuso de poderes e pelas desigualdades sociais provocada pelo modo de produção capitalista. Neste texto, discorremos sobre a construção dos direitos humanos como resultado das lutas sociais como estratégia de enfrentamento a violação dos direitos humanos. Para fins de análise empírica discutimos a realidade do sistema prisional no Distrito Federal a partir de uma radiografia dos dados de denúncias de violações. Os dados revelam a forte presença do racismo estrutural expresso, por exemplo, na deterioração das condições de cumprimento da pena que ataca o direito ao respeito da dignidade da pessoa humana e demonstram desafios a serem superados para a ressocialização das pessoas privadas de liberdade.
PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos, Sistema prisional e Violação de Direitos

ABSTRACT: The construction of the human rights agenda is related to the defense of meeting the needs of people and social groups harmed by relations of conflict, abuse of powers and the social inequalities caused by the capitalist mode of production. In this text, we discuss the construction of human rights as a result of social struggles as a strategy to face the violation of human rights. For the purposes of empirical analysis, we discussed the reality of the prison system in the Federal District, based on an X-ray of data on violation complaints. The data reveal the deterioration of the conditions for serving the sentence that attacks the right to respect for the dignity of the human person and demonstrate challenges to be overcome for the resocialization of people deprived of liberty.
KEYWORDS: Human Rights, Prison System and Violation of Rights

INTRODUÇÃO

Direitos Humanos: uma revisão histórica e teórica

A construção dos direitos humanos está relacionada a defesa do atendimento às necessidades de pessoas e grupos sociais prejudicados por relações de

conflito, desigualdade, violência e opressão. Infere-se disso, que o tema dos conflitos é central para o debate e a continuidade do trabalho de promoção e defesa dos direitos humanos.

Os conflitos em intensidades diversas envolvem a questão dos direitos humanos. O conflito pode ser definido como encontro da diversidade de necessidades, interesses e visões em um dado momento histórico e uma dada unidade geográfica. Deste ponto, é possível advir sínteses que representem interesses comuns, dantes inexistentes. Sob outra perspectiva o conflito se mostra como mecanismo de dominação, expresso em atos violentos e discriminatórios que desqualificam o ser humano.

A luta e a defesa dos direitos humanos decorrem desta compreensão, que em última análise pretende garantir o respeito nas relações e a garantia da dignidade da pessoa humana. O conserto dos conflitos é feito nas mediações realizadas por agentes preparados para compreender e conceder espaço igualitário de manifestação de opiniões. O resultado pode ser a reparação do dano, a harmonia das interações, o acordo entre sujeitos ou a guerra.

Em uma sociedade capitalista, o conflito habita o cerne das relações, tendo em vista, a existência de pressupostos materiais desiguais, isto é, a divisão desigual da propriedade, da terra e da renda. As disputas de classes sociais emergem desse fato histórico, que ao longo dos últimos três séculos têm gerado práticas atrozes de violência entre os seres humanos, como genocídios, a submissão coletiva de sujeitos a tortura, prisões arbitrárias, escravidão, guerras, dentre outros.

A critica radical aos estudiosos e defensores dos direitos humanos refere-se a possibilidade ou não deste discurso e desta prática política conseguir ensejar mudanças nas estruturas produtivas em que se assentam o *modus vivendi* da população, ou seja, que possam contribuir com a redução da desigualdades sociais, econômicas e de poder fundadas na lógica capitalista. Isto é, a propalada emancipação política advinda da conquista dos direitos, não livraria o ser humano dos grilhões que o aprisionam na exploração do trabalho assalariado na sociedade capitalista. Tal dúvida vem sendo objeto de debate das Conferências de Direitos Humanos as quais tem buscado aproximar o cumprimento dos direitos sociais e econômicos com os direitos civis e políticos, contudo este desafio ainda é substantivo.

Cabe ressaltar, conforme Ruiz (2014), que a abordagem ou concepção adotada para estabelecer a definição dos direitos humanos tem gerado distorções, as quais permitem que Ditadores utilizem a perspectiva dos direitos humanos, para promover guerras, por exemplo. Por outro lado, utiliza-se o discurso dos direitos humanos para defender pessoas doentes, em situação de fragilidade, pobreza, entre outros. Esta apropriação dúbia tem retirado a credibilidade das ações no campo dos direitos humanos. Por isso, mais uma vez, é fundamental que estejamos atentos nas análises e no debate sobre os direitos humanos acerca do viés teórico-metodológico que referencia o olhar sobre o tema, pois este pode favorecer ou combater as violações de direitos humanos.

Observamos que é na modernidade em que se instaura o discurso de defesa dos direitos como forma de assegurar a ordem na sociedade burguesa, haja vista a existência da luta de classes. Dizemos com isso que os direitos humanos devem ser vistos na experiência sócio-histórica de lutas e apropriações de discursos e demandas sociais, políticas e econômicas.

Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da Organização das Nações Unidas é marcante neste processo, visto que sela um acordo entre a imensa maioria dos Estados em torno de princípios básicos de convivência e garantias também básicas para o cidadão viver, tais como os direitos a saúde, educação, assistência, trabalho, entre outros, frente aos descalabros do holocausto nazista e da II Guerra Mundial.

O caráter processual e histórico dos direitos humanos vem conjugado pelas lutas sociais pela defesa dos direitos que, vez por outra, encontram terreno fértil para se propagar e, às vezes, se deparam com resistências ideológicas e politicas.

Barroco (2010, p.56) acentua as contradições dos direitos humanos em uma sociedade burguesa, pontuando que:

> 1) Os DH se afirmam a partir da universalidade. A sua proposta se esbarra em limites estruturais da sociedade capitalista, uma sociedade que se reproduz através de divisões.
>
> 2) A sociedade burguesa é fundada na propriedade privada dos meios de produção, o que leva as Declarações de Direitos Humanos a incorporarem esse fundamento de modo contraditório. (...) Quando a propriedade privada é posta em risco, o Estado deve protegê-la dos não proprietários.
>
> 3) Porém, mesmo preso a interesses privados, o Estado não pode se restringir ao uso da força e da violência, por isso, para garantir a sua legitimidade e hegemonia, incorpora determinadas reivindicações das lutas populares por direitos.

Após 70 anos de consagração de um instrumento global de defesa dos direitos humanos observamos que sua concretização é um desafio, haja vista a não adesão de todos os países e também o questionamento dos países colonizados e de culturas da África, Ásia e da América Latina sobre o lugar de suas tradições e demandas sociais na formatação deste documento.

A experiência histórica dos Direitos Humanos nos mostra um processo não contiguo de lutas, conquistas, retrocessos, desafios e perspectivas de uma convivência humana justa e baseada na igualdade. Observamos nos estudos históricos a recorrente prática de violências, genocídios, dominação e submissão de pessoas, grupos e nações, oriundo de atitudes arbitrárias, guerras religiosas seculares, disputas econômicas destrutivas entre outras. A existência da miséria e da pobreza em diversos países do mundo é um indicador forte de que o disposto nas declarações dos direitos humanos não estão sendo cumpridos.

A identificação de valores que serviriam de parâmetro universal para a convivência

harmônica entre os povos emerge em um contexto pós II Guerra Mundial quando a humanidade ainda estava chocada com o holocausto nazista. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 consolidou os anseios por parâmetros básicos de relacionamento harmônico e justo entre os seres humanos.

Contudo, a Declaração é um ato com intenções que não tem o poder imediato de transformação das relações sociais, tecidas há anos, de um modo violento, injusto e desigual. Em face disso, partimos da ideia de que os direitos humanos são construídos de forma processual na materialidade da vida social. Em conformidade com Escrivão Filho e Souza Junior (2016) os direitos humanos emergem nas lutas de combate as opressões e contra as violações de direitos, ou seja, de processos sócio-históricos.

Isto implica conceber os direitos humanos na sua concretização a partir das lutas sociais para a sua efetivação em determinados contextos históricos. As relações sociais cotidianas no curso da história configuram a moldagem própria do que são os direitos humanos e neste ponto, que precisamos avançar, na sua efetivação.

Cumpre salientar que é na dinâmica da vida social que os direitos se estabelecem, assim vamos identificar processos de resistência e apoio aos direitos humanos, perfazendo um campo em disputa constante. Por exemplo, na década de 1960 os direitos civis e políticos receberam tratamento diferenciado no debate sobre a afirmação destes direitos em relação aos direitos sociais e econômicos. Isso demonstra o a interferência dos processos sócio-históricos relativos a guerra fria na configuração dos Tratados Internacionais, posto que as nações capitalistas tendiam a defender mais os direitos civis e políticos, já as nações socialistas pendiam mais para os direitos sociais e econômicos.

Os direitos humanos inauguraram "no cenário internacional a noção de titularidade de direitos desde uma perspectiva supra estatal" (ESCRIVÃO FILHO e SOUZA JUNIOR, 2016: 55). Tais garantias conferem ao individuo, os grupos sociais e a sociedade civil organizada maior poder de negociação junto à esfera estatal dominante. Assim, a Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados assegura que não serão aceitos tratamento violentos e nocivos as pessoas protegidas pelos Tratados Internacionais.

Em síntese, a construção dos direitos humanos perfaz a resultante de conflitos, lutas e garantias legais que consagram determinadas demandas da sociedade. Contudo, restam imensos desafios a concretização dos postulados legais de proteção aos direitos humanos que para serem satisfeitos dependem das lutas sociais.

RACISMO ESTRUTURAL E VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A questão racial no Brasil na atualidade encontra sua expressão mais desafiadora no fenômeno do extermínio dos jovens negros das periferias das cidades, somada a sua exclusão arbitrária e discriminatória no sistema prisional e na ausência de acesso as políticas de saúde, educação, assistência social e emprego e renda. O Movimento Social

“Reaja ou Será Morto, Reaja ou Será Morta ” surge com intuito de enfrentar essa realidade de racismo estrutural presente no Brasil, atuando a partir do resgate da experiência libertária dos quilombos e garantindo independência ideológica, política e organização coletiva. Neste sentido, este movimento tem desenvolvido práticas coletivas e comunitárias de fortalecimento da população negra, especialmente, destacando-se a escola do Movimento Reaja.

De acordo com o professor Batista (2018) é fundamental realizar uma análise da valorização da ancestralidade como forma de respeito àqueles que se sacrificaram para a edificação da nação brasileira. Por isso, temos uma tarefa política e intelectual nesses tempos no sentido do enfrentamento ao racismo estrutural. Entendendo que a presença do racismo estrutural é um determinante para compreender as graves violações que acontecem no Brasil contemporâneo.

O mesmo professor salienta que se dá na formação do Brasil o processo de racializacão e a forma de organização capitalista, baseada na centralidade do mercado com ente mediador das relações societais. E para assegurar a sustentação desse projeto utiliza-se a máquina de guerra, isto é o Estado para reprimir as resistências. Ademais, o Estado capitalista tem sido o ente responsável por conduzir a colonização e enfrentar os antagonismos sociais produzidos e manifestações.

Conforme CDDHCEDP (2021, p.2)

> Sobre a temática étnico-racial, inicialmente apontamos que ao falar de relações etnicorraciais é preciso esclarecer que, muito embora as Ciências Naturais já tenham provado a inexistência de raças na espécie humana, no âmbito das Ciências Sociais o termo “raça” é legitimado por evidenciar determinadas características estéticas, étnicas e culturais que diferenciam as pessoas, sobretudo, socialmente. Muito embora o termo “raça” tenha sido cunhado por uma ideologia racista que visava segregar as pessoas em razão de suposta supremacia de um grupo étnico sobre outro, o impacto de tal racialização imposta no processo de colonização e formação do Brasil repercute nas relações sociais e interpessoais até a atualidade, de modo que tal construção do termo “raça” não pode ser ignorada.

Conforme, São Bernado (2006), historicamente, tivemos instituído oficialmente o racismo de Estado que impunha barreiras para negros e indígenas ocuparem postos de comando no Estado. Na atualidade temos que assumir o compromisso de ocupar e ampliar os espaços de defesa dos direitos humanos numa perspectiva contra hegemônica para enfrentar dentro das instituições o racismo estrutural. Para isso, a garantia da representatividade da população negra nesses espaços é indispensável.

De acordo com o São Bernardo (2006) a ideologia também foi um instrumento criado para viabilizar a ordem capitalista. Isto é propagação de discursos eurocentristas, colonialistas e xenofóbicos. Como exemplo temos a estratégia de enfrentamento ao tráfico de drogas que qualifica traficantes como terroristas no Rio de Janeiro. Para o professor, isso faz gerar um cidadão “sobrevivente” que esta sob ameaça constantemente, e que

também reage impulsivamente, tendo a violência como recurso para a sua proteção. Sendo assim, os corpos negros de periferia passam a ser corpos matáveis.

RADIOGRAFIA DO RACISMO A LUZ DAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Diante do quadro sócio-histórico apresentado nos importa trazer uma radiografia das denúncias de violações de direitos humanos apresentadas ao Disque 100 entre 2015-2018 e na Comissão de Direitos Humanos entre 2019 e 2021, de modo a conhecermos a atual caracterização do fenômeno.

De antemão cabe salientar que

> O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) define cinco variáveis para a realização da autodeclaração étnico-racial. Ou seja, para fins de Censo e contagens oficiais é a própria pessoa que indica o seu pertencimento étnico-racial, sendo: Amarela, Branca, Indígena, Parda e Preta. A variável Negra é composta pelo somatório de Pretos e Pardos, de modo que o termo “negro” indica a integração dos indivíduos de pele escura/retinta e dos indivíduos de pele mais clara que tenham traços fenotípicos socialmente identificados como negros, tais como pele, cabelo e traços faciais. (CDDHCEDP, 2021, p.3)

Assim importa destacar que é esse segmento da sociedade que historicamente tem sido o alvo preferencial das práticas de discriminação, exclusão e violência.

As denúncias relacionadas aos casos de discriminação racial começam a ser computadas pelo Disque 100 a partir de 2015. Observamos que entre 2015 e 2018 houve um alto volume de denúncias relacionadas a igualdade racial, no entanto, 64,8% não tiveram o estado de origem da denúncia identificado. Predominam (97%), as denúncias de discriminação racial, mas aparecem também casos de violência psicológica. Novamente, predominam os casos de discriminação racial/étnica, seguido dos casos de discriminação por local de origem da pessoa seguido de *bullyng*. Em geral os suspeitos dos atos de discriminação são desconhecidos. A maior parte das denúncias acontecem na casa da vitima e no local de trabalho. O perfil das vítimas se concentra entre pessoas de 18 e 24 anos.

Conforme o Relatório “Violações de direitos e racismo: análise sobre os recortes étnicorraciais das denúncias de crimes e violações recebidas pela CDDHCEDP/CLDF entre 2019 e 2021:

> Desde 2019 até a presente data, a CDDHCEDP recebeu cerca de 810 denúncias de violações de direitos humanos de diversas naturezas, elencadas nas categorias: Assistência Social, Criança e Adolescente, LGBTQIA+, Moradia e Conflito Urbano, Racismo, Saúde, Sistema Prisional, Socioeducativo, Violência Policial e Outros.
> Para além das denúncias relacionadas aos crimes de racismo e injúria racial, do total das denúncias recebidas online pela plataforma disponível no portal eletrônico da CLDF, constatou-se que cerca de 62% das violações de direitos foram cometidas contra pessoas autodeclaradas negras, 36% contra pessoas autodeclaradas brancas e 2% contra pessoa amarela.

Importa identificarmos que a população carcerária (56%) e a população em situação de rua (40%) foram as principais vítimas das denúncias apresentadas ao disque 100 nos últimos anos, assim como na Comissão de Direitos Humanos. E que esta população é majoritariamente constituída de pessoas negras, o que revela outro espaço em que a população negra tem sido alvo de diferentes violações de direitos humanos devido a sua trajetória de vida.

> Outro importante ponto de análise diz respeito ao fato de que 53% dos casos recebidos por esta Comissão referem-se a violações de direitos ocorridos no Sistema Prisional, no qual, no ano de 2019, 67% dos internos eram pessoas negras, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2020).

O mesmo relatório destaca que tem acontecido um aumento do registro de ocorrências de casos de injuria racial e racismo no Distrito Federal, com destaque, conforme exposto abaixo

> Em relação à ocorrência dos crimes raciais no DF, de acordo com os dados sobre **Injúria Racial e Racismo** disponibilizados pela Secretaria de Estado de Segurança Pública do Distrito Federal, entre os anos de 2014 e 2020 houve grande variação na quantidade de registros de ocorrências relacionadas aos crimes previstos na Lei nº 7.716/1989 (Racismo) e no artigo 140, parágrafo 3º, do Código Penal (Injúria Racial). Ainda segundo o mesmo informativo, no ano de 2020, 66% das ocorrências de crime de Injúria Racial no Distrito Federal concentraram-se em apenas dez Regiões Administrativas, sendo Aguas Claras, Brasília, Ceilândia, Gama, Guará, Planaltina, Recanto Das Emas, Samambaia, Sobradinho 2 e Taguatinga. Ao analisar as características demográficas dessas localidades – sobretudo no que diz respeito a indicadores que compõem o Índice de Vulnerabilidade Social do DF, sendo Infraestrutura e Ambiência, Capital Humano, Renda e Trabalho, e Habitação –, constata-se grande disparidade de condições entre elas e não se observam pontos de semelhança que justifiquem tais incidências, o que indica o caráter generalizado do ideário racista na sociedade brasileira.

A população em situação de rua sofre especialmente nos casos de negligência, do poder público e das famílias, com necessidades de alimentação, habitação e saúde não satisfeitas, além dos casos de discriminação. A população carcerária sofre especialmente com os casos de violência institucional cometidas no âmbito do sistema prisional, e também com os casos de negligência, do poder público e da família.

Os dados apresentados demonstram que o racismo estrutural tem repercutido na deterioração das condições de vida da população negra no pais, desde as dificuldades de acesso a renda, terra, emprego, a cidades com infra-estutura adequada até as situações em que tem sido alvo costumeira das práticas de violência estatal.

DESEVOLVIMENTO

Violação dos direitos humanos no sistema prisional

A presente análise tem por objetivo explicitar as principais demandas e denúncias apresentadas à Comissão de Direitos Humanos da Câmara Legislativa do Distrito Federal que envolvem o sistema prisional.

Sabe-se que o debate dos direitos humanos é marcado pela consigna que afirma que direitos humanos só serve para proteger “bandido”. Contudo, essa máxima é contraposta pelos dispositivos contidos na própria Lei de Execução Penal, que prevê um conjunto de direitos que devem ser assegurados a pessoa presa. É justamente devido ao fato destas garantias não estarem sendo respeitadas que surgem as principais demandas relacionadas ao sistema prisional no Distrito Federal.

Um segundo aspecto que devemos considerar antes de apresentar este quadro refere-se a política de encarceramento em massa adotada no Brasil, nos últimos 30 anos que fez crescer exponencialmente o quantitativo de pessoas presas, mas não assegurou as condições adequadas para que houvesse o cumprimento em conformidade com a LEP das penas. Registra-se um cenário de degradação material e socialização por via da violência, em que a barbárie parece dominar o processo civilizatório. Neste cenário em que vigora a superlotação, faltam profissionais de diferentes áreas para atuarem nos presídios e as perspectivas de ressocialização e de promoção da educação para a reinserção social dos presos acabam por serem inviabilizadas.

Em sendo assim, a pena na realidade provoca o sofrimento e o castigo no corpo do preso, assim como na sua condição humana, ao ficar alijado do acesso à direitos.

Em razão disso, é mister que seja realizado pacto entre os três poderes e o Ministério Publico tendo em vista as necessidades de melhoria do sistema penitenciário do DF no sentido confeccionar um plano com metas de curto, médio e longo prazo.

A natureza das demandas apresentadas varia em conformidade em termos de segmento que solicitou e abrangência da demanda. Isto é, foram apresentadas demandas relacionadas:

- a qualidade da alimentação fornecida nos presídios,
- ao atendimento realizado aos familiares dos presos
- as condições de higiene dos presídios.
- a casos de violência institucional cometida contra os presos, seja aplicação excessiva da força ou privação do acesso a direito, como educação e saúde.
- as restrições e dificuldades colocadas para o encontro entre os internos e os familiares.

As respostas das unidades interlocutoras e responsáveis pelo sistema penitenciário indicam como principais causas das citadas violações de direitos, a superlotação do sistema prisional e a existência de baixo efetivo de agentes penitenciários para a quantidade de demandas existentes. Contudo, podemos somar a isso as precárias instalações do sistema penitenciário, a ausência de projetos de inclusão social, capacitação profissional, prevenção ao crime, ressocialização, tendo as ações realizadas resumindo-se a controle ao castigo dos internos.

A realidade do sistema prisional foi alterada em razão da pandemia da covid-19, especialmente a partir da contaminação de policias penais e internos. O enfrentamento à pandemia do novo coronavírus desafiou a sociedade a agir em conjunto para conter a rápida contaminação da população que poderá levar o sistema de saúde ao colapso. Por isso, o poder público e diversos setores econômicos e sociais tem feito sacrifícios, impondo restrições à circulação e funcionamento de comércios e instituições públicas.

No entanto, a forma como a administração do sistema penitenciário tem lidado com o problema, nos preocupa. Ao mesmo tempo em que tomou medidas mais restritivas e encarceradoras quanto aos direitos das pessoas privadas de liberdade, suspendendo visitas e as saídas temporárias daqueles que se encontram no regime semiaberto, o judiciário local não cumpriu de forma adequada a recomendação nº 62.2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que prevê a concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto priorizando internos idosos, mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco que tornam mais grave o contágio pelo novo coronavírus.

Prevê ainda a Recomendação 62.2020 do CNJ que se coloque em prisão domiciliar de pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal. Sabemos que as unidades prisionais do Distrito Federal operam com mais que dobro da sua capacidade logo, por mais que as autoridades insistam em afirmar que estão isolando os presos suspeitos e diagnosticados, sabemos que isso é uma missão impossível!

De acordo com o levantamento feito pelo Centro de Detenção Provisória (CDP), apenas nesta unidade teriam 375 pessoas privadas de liberdade apresentam algum tipo de doença, o que as torna mais vulneráveis ao novo coronavírus. Em todas as unidades prisionais tem pessoas com comorbidades e doenças crônicas, como HIV, hepatite C, hipertensão, usuários de Antirretrovirais, diabetes e asma.

A situação torna-se ainda mais alarmante quando nos deparamos com o cenário de quase total incomunicabilidade instalada entre os familiares e os internos, com suspensão das visitas e restrições para entrada de advogados, agravado pela falta de informações por parte da administração penitenciária para com os familiares a situação tornou-se insustentável.

Cabe enfatizar que a questão racial atravessa a realidade do sistema prisional, tendo em vista que Importa identificarmos que a população carcerária (56%) e a população em situação de rua (40%) foram as principais vítimas das denúncias apresentadas ao disque 100 nos últimos anos, assim como na Comissão de Direitos Humanos. E que esta população é majoritariamente constituída de pessoas negras, o que revela outro espaço em que a população negra tem sido alvo de diferentes violações de direitos humanos devido a sua trajetória de vida.

> Outro importante ponto de análise diz respeito ao fato de que 53% dos casos recebidos por esta Comissão referem-se a violações de direitos ocorridos no Sistema Prisional, no qual, no ano de 2019, 67% dos internos eram pessoas negras, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020 (CDDHCEDP, 2022, p,6).

Diante do exposto, observa-se que o sistema penitenciário constitui o principal espaço de violação dos direitos humanos na atualidade e que requer um esforço conjunto de pesquisadores, especialistas, entidades e órgãos de defesa dos direitos humanos no monitoramento, prevenção e enfrentamento destas violações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os dados sobre as denúncias de violação de direitos humanos no Distrito Federal devem ser lidos a luz da sua relação com as políticas públicas e a questão social que se agudizou desde os anos 1990 no Brasil. Isto é, o quadro de desemprego estrutural, especialmente entre jovens pobres e negros das periferias das grandes cidades, e o crescimento da criminalidade urbana, da violência e do encarceramento em massa lançam para gestores, parlamentares, especialistas e sociedade a necessidade de se pensar o sistema prisional de forma articulada com as políticas públicas, especialmente de educação, saúde, assistência e trabalho/emprego.

De um lado, cumpre trabalhar para a prevenção da criminalidade com políticas de inclusão social e promoção da cidadania. De outro lado, cabe desenvolver medidas para que o sistema penitenciário contribua para a inclusão social das pessoas presas e para a redução dos índices de reincidência.

Isto requer a construção de pactos que sinalizem para ações de infra-estrutura e qualificação:

- A melhoria das instalações do sistema prisional com prazo para as reformas e benfeitorias
- A instalação de câmeras em todo o presidio, inclusive nas celas.
- A ampliação do quadro de servidores, incluindo os designados pelas áreas da defensoria pública, assistência social, saúde e educação.
- A ampliação de atividades laborativas no sistema prisional.

- A qualificação dos agentes penitenciários para abordagens humanizadas e educativas.
- A ampliação de vagas para egressos no sistema prisional em parceria com a Secretaria de Trabalho.
- A realização de projetos de ressocialização, com forte vinculação com a inserção e permanência no mercado de trabalho.

Registra-se que os órgãos de defesa dos direitos humanos representam um último pólo de apoio as famílias e as pessoas presas, neste sentido, cabe-nos atuar em rede para elaborar formas de enfrentamento da violência, do punitivismo e da morte no sistema penitenciário.

REFERÊNCIAS

Batista, Waleska Miguel.**A inferiorização dos negros a partir do racismo estrutural.** Revista Direito e Práxis [online]. 2018, v. 9, n. 4 [Acessado 28 Abril 2022] , pp. 2581-2589. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/36867>. Epub Oct-Dec 2018. ISSN 2179-8966. https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/36867.

CDDHCEDP/CLDF, Comissão de Defesa dos Direitos Humanos, Cidadania, Ética e Decoro Parlamentar. **Relatório "Violações de direitos e racismo: análise sobre os recortes étnicorraciais das denúncias de crimes e violações recebidas pela CDDHCEDP/CLDF entre 2019 e 2021**. Brasília, 2022

ESCRIVÃO FILHO, Antonio Sérgio. SOUSA JUNIOR, JOSÉ GERALDO DE. **Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020.** Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf

PEREIRA, Potyara Pereira. **Estado, sociedade e esfera pública.** In Módulo de Capacitação do Curso de Especialização em Serviço Social: Direitos Sociais e Competências Profissionais. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Coletânea de direito internacional**. 3 ed. Ampl.São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

RUIZ, Jefferson Lee de Souza. **Direitos Humanos e Concepções Contemporâneas.** Cortez Editora, São Paulo. 2014.

TOSI, Giuseppe...[et al.], (Organizadores)**Justiça de transição: direito à justiça, à memória e à verdade.** .- João Pessoa: Editora da UFPB, 2014.

BIOGRAFIA DO AUTOR

Possui graduação em Serviço Social pela Universidade de Brasília (2003), mestrado em Política Social pela Universidade de Brasília (2007) e doutorado em Política Social pela Universidade de Brasília (2015). Está cursando o Pós-Doutorado em Política Social na UnB. Tem experiência na área de Serviço Social, Direitos Humanos, Mediação de Conflitos, com ênfase em Serviço Social, atuando principalmente nos seguintes temas: trabalho do assistente social, burocracia, direitos humanos, projeto ético-político e seguridade social.

CAPÍTULO 8

MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIZAÇÃO DO RACISMO

Data de aceite: 01/12/2023

Fábio Roque Sbardellotto
Procurador de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito pela UNISC. Mestre em Direito pela UNISINOS. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Passo Fundo. Presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público

Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra
Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FMP. Especializando em Direitos Humanos e das Minorias Sociais pela UNISC. Advogado

RESUMO: O presente artigo busca enfrentar a temática de extrema relevância jurídica e social referente às práticas discriminatórias e seus reflexos no Direito Penal brasileiro, abordando aspectos históricos sobre o tema, bem como certos conceitos empregados aos vértices de determinadas práticas discriminatórias e preconceituosas. Neste contexto, far-se-á uma abordagem sobre o tratamento constitucional e as principais leis que regem a matéria no ordenamento jurídico pátrio, com enfoque no enfrentamento constitucional/penal referentemente ao preconceito e discriminação racial, a partir do tratamento conferido aos crimes de racismo e de injúria racial, considerando, sobretudo, as recentes alterações implementadas pela Lei n. 14.532/2023 no cenário contemporâneo. Em arremate, propõe-se formular reflexões sobre o problema da (des)necessidade de o Direito Penal centrar suas baterias para a proteção de grupos historicamente vitimados pela incidência de condutas preconceituosas e discriminatórias à luz de um Estado Democrático de Direito e da necessária dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Direito Penal e Processual Penal. Racismo. Dignidade da Pessoa Humana.

CONSTITUTIONAL COMMANDMENT OF CRIMINALIZATION OF RACISM

ABSTRACT: This article seeks to address the theme of extreme legal and social relevance related to discriminatory practices and their reflexes in Brazilian Criminal Law, addressing historical aspects on the subject,

as well as certain concepts used at the apexes of certain discriminatory and prejudiced practices. In this context, an approach will be made on the constitutional treatment and the main laws governing the matter in the national legal system, focusing on the constitutional/criminal confrontation related to prejudice and racial discrimination, based on the treatment given to crimes of racism and racial injury, considering, above all, the recent changes implemented by Law n. 14.532/2023 in the contemporary scenario. In conclusion, it is proposed to formulate reflections on the problem of the (dis)need for criminal law to focus its batteries for the protection of groups historically victimized by the incidence of prejudiced and discriminatory conduct in the light of a Democratic State of Law and the necessary dignity of the human person.
KEYWORDS: Constitutional law. Criminal Law and Criminal Procedure. Racism. Dignity of the Human Person.

INTRODUÇÃO

A temática da discriminação e do preconceito é uma das grandes mazelas da humanidade, remetendo-nos aos primórdios da existência humana. No Brasil, este cenário não é diverso, porquanto a aversão de determinados grupos em relação a outros, sempre foi uma constante, proporcionando uma histórica e ainda não superada realidade na qual milhões de pessoas sofrem ou sofreram as mais nefastas formas de discriminação, de preconceito, de aversão para com o semelhante.

A compreensão deste fenômeno deplorável e altamente pernicioso às relações sociais nos conduz à necessária análise de determinados conceitos empregados, notadamente no que se refere às expressões discriminação e preconceito, demonstrando a sua magnitude e as diferenças de significados. Por isso, esta abordagem, a despeito de seu viés sociológico e antropológico, é também jurídica, ao ponto de se verificar a incidência do Direito Penal para refrear determinadas condutas, em especial por meio da tipificação do racismo e do crime de injúria racial no ordenamento jurídico brasileiro. Nesta conjuntura, é sempre latente o debate acerca da (in)adequação quanto ao tratamento de condutas discriminatórias ou preconceituosas, tornando o debate em torno da ingerência de determinados ramos do direito sempre relevante e atual, em especial quanto aos limites suficientes e desejados para a criminalização das práticas desse jaez, assim como a necessária conformação do processo penal para conferir efetividade ao sistema jurídico-penal sob o prisma constitucional e à luz de um Estado Democrático de Direito, em consonância com o primado da dignidade humana.

DISCRIMINAÇÃO/PRECONCEITO. UM PANORAMA MARCANTE NA SOCIEDADE MUNDIAL.

Desde os primórdios tempos da humanidade, “verifica-se a existência de ódio e aversão de determinados indivíduos para com outros e de alguns grupos em relação a

distintas coletividades" (SANTOS, 2010, p. 27). Assim, na antiguidade, a intolerância se revelava em relação a diferenças religiosas ou socioculturais (SANTOS, 2010, p. 28). Neste sentido, os homicídios em massa por razões religiosas são comuns no decurso da história humana, já que "son tan antiguos como la religión y, al igual que ella son preestatales o cometidos por sociedades con organizaciones completamente diferentes a las modernas y muy distintas entre sí" (ZAFFARONI, 2012, p. 54).

Além disso, o desenvolvimento do capitalismo e a conquista de territórios revelaram outra marca histórica da humanidade, caracterizada pelo fenômeno da escravidão (SANTOS, 2010, p. 28). Cerca de cem milhões de negros africanos foram escravizados e/ou mortos em atendimento ao sistema escravocrata das Américas, resultando no maior genocídio da história humana (CHIAVENATO, 1987, 44-45). Nesse contexto importante lembrar que "inúmeros foram os índios espoliados, expulsos de suas terras e mortos durante o processo de colonização das três Américas" (SANTOS, 2010, p. 29). Com a expansão dessas discriminações e preconceitos, aflora um "sentimento de superioridade do branco no centro econômico do planeta" (SANTOS, 2010, p. 29), em conjunto com estudos distorcidos da evolução da espécie humana, contrários aos princípios do iluminismo, nascendo o arianismo.

Responsável por formular a doutrina da superioridade da raça ariana, o francês Arthur de Gobineau teve como objetivo enaltecer a sua linhagem hereditária. Para isso, contou com a ajuda de Richard Wagner para difundir as suas teorias na Alemanha, criando "o mito da superioridade do povo germânico, levado às raias do fanatismo com a ascensão do nazismo, que culminou com o extermínio de milhões de pessoas" (SANTOS, 2010, p. 30), ocorrido na Segunda Guerra Mundial. As atrocidades ocorridas na Segunda grande guerra, serviram como fundamento para a elaboração das Declarações de 1950 e 1951 da Unesco, pugnando, justamente, evitar a repetição do caso nazista.

Neste ponto, Alessandro Baratta (2004, p. 133-134) atentou para o fato de que a lei internacional influenciou de modo seletivo e estrutural o Direito Penal interno, porquanto a seletividade ocorria por intermédio de grupos locais poderosos que logravam influir sobre a legislação "usando las instituciones penales como un arma para combatir y neutralizar comportamientos de grupos contrarios". Apesar de todos os esforços e da triste lição da maior guerra da história da humanidade, nos Estados Unidos da América, tido como um dos vencedores da guerra, paradoxalmente, persistiu o problema da "segregação racial" que "continuou a existir de forma feroz, com a manutenção do princípio igual, mas separado (equal but separate), fazendo com que houvesse, de forma obrigatória, a segregação ou proibição dos negros" de frequentar escolas, meios de transporte (em vinte e um Estados confederados), o que perdurou até a decisão do caso Brow versus Education of Topeka pela Suprema Corte Norte-americana, no ano de 1954 (FERREIRA, 1995, p. 158-159). Também no cenário africano verificou-se o regime do apartheid sul-africano (segregação racial) até 1996, cedendo apenas com o advento da nova Constituição que em seu preâmbulo

reconheceu as injustiças que ocorreram em seu passado, assegurando o respeito aos direitos humanos, bem como a diversidade e igualdade entre todos os cidadãos. (ÁFRICA DO SUL, 1996). O apartheid sul-africano teve origem a partir do Congresso de Berlin em 1884/1885, quando o continente Africano foi dividido artificialmente (linhas retas) para legitimar as conquistas do neocolonialismo do século XIX (ZAFFARONI, 2012, p. 10).

Na Europa contemporânea, embora boa parcela da população ser contrária à discriminação e ao preconceito, ainda é visível a existência de grupos xenofóbicos, centrando ataques contra negros, judeus e imigrantes (SANTOS, 2010, p. 31-32).

Até mesmo na escola criminológica positivista o racismo esteve presente. Raffaele Garofalo considerava a "própria cultura" como a "cultura superior", em franco etnocentrismo impregnado de racismo, porquanto se refere com desprezo às "tribos degeneradas", que são as culturas que não obedecem ao que considera deva ser o sentimento moral", consideranda-os seres inferiores, não europeus, delinquentes (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018, p. 277).

Constantes conflitos entre católicos e protestantes (Reino Unido), entre judeus e muçulmanos (Oriente Médio), etc. "fazem com que se perceba a complexidade da questão do preconceito e da discriminação e a dificuldade de eliminá-los ou, ao menor, de diminuí-los entre os homens" (SANTOS, 2010, p. 31).

No dizer de Sarlet (2002, p. 620, a dignidade da pessoa humana é "a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade", provocando um amplo rol de "direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável", propiciando e promovendo "sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência", bem como da vida em sociedade com os demais seres humanos. Por isso, a prática de condutas preconceituosas ou discriminatórias atenta contra esses valores, e merece absoluta proteção jurídica.

A DISCRIMINAÇÃO/PRECONCEITO NO BRASIL. CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL/LEGAL

O caso brasileiro é bastante representativo no cenário global, porquanto o Brasil foi o último país da América Latina a abolir oficialmente a escravidão, fato ocorrido somente em 13 de maio de 1888, por meio da Lei Áurea - n° 3.353 de 1888 (BRASIL, 1888). Todavia, apenas "um ano após a abolição da escravatura, foi proclamada a República no Brasil, em 1889. O novo sistema político, entretanto, não assegurou profícuos ganhos materiais ou simbólicos para a população negra" (DOMINGUES, 2007). Na verdade, a população negra foi, notadamente, etiquetada e marginalizada, "seja politicamente em decorrência das

limitações da República no que se refere ao sufrágio e as outras formas

> de participação política; seja social e psicologicamente, em face das doutrinas do racismo científico e da "teoria do branqueamento"; seja ainda economicamente, devido às preferências em termos de emprego em favor dos imigrantes europeus" (ANDREWS, 1991, p. 32).

Além disso, é necessário mencionar que, segundo o próprio Gobineau, o responsável pela formulação da doutrina da superioridade da raça ariana, em artigo escrito ao periódico francês *Le Correspondant*, no longínquo ano de 1874, intitulado de *L'émigration au Brésil*, os brasileiros seriam uma raça que estaria extinta em menos de duzentos anos, posto que, em sua grande maioria, consistem em "uma população mestiça, fruto da mestiçagem entre índios, negros e um pequeno número de portugueses. [...] Eram pouco férteis e fisicamente enfraquecidos, o que garantiria sua diminuição e aniquilamento em menos de dois séculos" (SOUZA, 2013). Demonstrando toda a sua aversão ao semelhante, Gobineau entendia que os brasileiros eram esteticamente repugnantes, já que "evitam mover uma palha para fazer qualquer coisa de útil, até mesmo para se afogarem" (RAEDERS, 1938, p. 75).

Nesse cenário, é mister explicitar que, mesmo após a abolição da escravatura, a recepção do negro (e porque não dizer do índio e do mestiço) na sociedade contemporânea e no mercado de trabalho ainda é bastante incipiente, já que são recentes as ações afirmativas e legislativas para contornar o cenário, não faltando exemplos de comportamentos preconceituosos nos ambientes sociais, a despeito de o texto constitucional ser claro, já em seu preâmbulo, afirmando que a sociedade brasileira deve ser igualitária e sem preconceitos. Não bastasse, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, inciso IV do artigo 3º da Constituição vê-se o objetivo de *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (BRASIL, 1988). Em complemento, o inciso VIII do artigo 4º estabelece que é princípio da República Federativa do Brasil o *repúdio ao terrorismo e ao racismo* (BRASIL, 1988). Arrematando, também o inciso XLII do artigo 5º dispõe ser direito e garantia fundamental dos cidadãos brasileiros a inafiançabilidade e imprescritibilidade da prática do racismo, que deverá ser punido com pena de reclusão por meio de lei complementar. Há, portanto, comando constitucional impositivo e claro direcionado ao combate e prevenção de todas as formas de preconceito e discriminação. No espectro legislativo e em consonância com a Constituição, vale destacar o recente Estatuto da igualdade racial, Lei 12.288 de 2010 (BRASIL), a Lei dos crimes de racismo, Lei 7.716 de 1989 (BRASIL), a Lei das quotas raciais em âmbito federal, Lei 12.990 de 2014 (BRASIL), dentre outras.

CONCEITOS BÁSICOS APROXIMATIVOS.

Segundo Eduardo Galeano, na América Latina, "a chamada democracia racial se reduz a uma pirâmide social: o topo é branco, ou se acredita branco; e a base tem cor escura" (GALEANO, 2022, p. 427). Ainda, segundo o escritor uruguaio, os insultos como *parece negro* ou *parece índio* são frequentes, enquanto o *parece branco* é uma constante

homenagem. Em arremate, Galeano, em tom crítico, alude que é a *mistura com o sangue branco que melhora a espécie* (GALEANO, 2022, p. 427).

Nessa conjuntura, vale explicitar o significado da expressão "preconceito", segundo definição dada pelo Dicionário Aurélio (FERREIRA, 2010), deriva do termo do latim *preconceptu*, significando: conceito ou opinião formados antecipadamente, sem ponderação ou conhecimento dos fatos (uma ideia preconcebida); julgamento ou opinião formada sem se levar em conta o fato que os conteste (um prejuízo); por extensão: suspeita, intolerância, ódio racial ou aversão a outras raças, credos, religiões, etc.: O preconceito racial é indigno do ser humano, constituindo percepção subjetiva que não necessita de ser exteriorizada.

Já a expressão "discriminação", diversamente do preconceito e do racismo, de acordo com o Dicionário Aurélio (FERREIRA, 2010, p. 724), emana do latim *discriminatione*, consistindo no ato ou efeito de discriminar concretamente, exteriorizando atos com conteúdo de diferenciar, diferençar, discernir. O conteúdo da discriminação sequer necessita de ser algo com conotação pejorativa, podendo constituir predicados afirmativos, positivos.

Todavia, quanto à expressão "racismo", para o Dicionário Aurélio (FERREIRA, 2010, p. 1.769), possui o significado de ser uma tendência do pensamento, ou modo de pensar em que se dá grande importância à noção da existência de raças humanas distintas, superiores e inferiores. Na visão da UNESCO, racismo é a expressão do sistema de pensamento fundamentalmente antirracional. Constitui um desafio à tradição do humanismo que nossa civilização reclama para si (UNESCO apud SANTOS, 2010, p. 47).

Ao mesmo tempo, "na perspectiva da biopolítica foucaultiana, o racismo se constitui como um poder de morte num sistema que tem como objetivo primordial a vida e o fazer viver, um poder que toma a vida no cálculo político de gestão da população" (SILVA; ARAÚJO, 2020). Assim, segundo Michel Foucault, o racismo "é, primeiro, o meio de introduzir afinal, nesse domínio da vida de que o poder se incumbiu, um corte: o corte entre o que deve viver e o que deve morrer" (FOUCAULT, 2002, p. 304).

Marco histórico na luta contra o racismo e a segregação racial no mundo, Nelson Mandela, em 10 de maio do ano de 1994, realizou emblemático discurso como primeiro Presidente negro democraticamente eleito na África do Sul, afirmando "que durante tanto tempo tinha sido o lugar do poder e do controle branco", e que "acreditava que da calamidade do passado, nasceria uma nova sociedade, digna do orgulho mundial. Falei sobre a forma como a nossa vitória pertencia a todos, pois era uma vitória a favor da justiça, paz e dignidade humana" (MANDELA, 2006, p. 161-162).

Sobre a amplitude da expressão racismo, em julgamento histórico e precursor, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.242-2/RS (Caso Siegfried Ellwanger), em 17/09/2003, entendeu que alcançaria também o preconceito e a discriminação por religião (SANTOS, 2010, p. 48-52).

A partir dos conceitos aproximativos referenciados, sem a pretensão de esgotá-los, afigura-se relevante observar as inflexões do Direito Penal no que concerne ao preconceito e discriminação a eles relativos a partir do norte constitucional.

DO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL AO PENAL. IDIOSSINCRASIAS E CARÊNCIA DE SENTIDOS

Essencialmente, sobre o tratamento dispensado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o *caput* do artigo 5º da Carta Maior assegura que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Em consonância, o inciso XLII do artigo estabelece comando de criminalização de condutas atentatórias à igualdade, uma vez que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (BRASIL, 1988).

Ocorre que o diploma constitucional carece de interpretação, a fim de que se evite prospecção reducionista quanto ao tema, na medida em que, a despeito da clareza acerca da necessária igualdade entre os cidadãos e da vedação de qualquer distinção, estabeleceu comando pela criminalização da prática tão somente empregando a expressão racismo, erigindo-o à alçada da inafiançabilidade, imprescritibilidade e da cominação à pena de reclusão.

Sintomática desta fragilidade constitucional é a redação conferida à Lei n.º 7.716/89 (BRASIL), ao enunciar em seu preâmbulo que se destina a definir os crimes resultantes de preconceito de ***raça ou de cor***. Já em seu artigo 1º, prevê que Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de ***raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional***. (grifo nosso)

Nesta conjuntura normativa, observa-se comando constitucional pela criminalização do **racismo** em caráter imprescritível e inafiançável. O preâmbulo da lei que visa a implementar o preceito constitucional remete à criminalização do preconceito de **raça e cor**. Quando observada a redação dos tipos penais da mesma lei, há previsão expressa no sentido de que os crimes enunciados em seu preâmbulo podem decorrer de **discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional**.

A partir dessas constatações, logo exsurge o dilema referente aos limites do imperativo constitucional que considera o racismo imprescritível e inafiançável, quando a Lei que visa a implementar a Constituição neste tema aparentemente efetuou verdadeira cisão ou extensão terminológica ao enunciar a criminalização do preconceito ou discriminação por motivo de **raça**, separando este vernáculo das expressões **cor, etnia, religião e procedência nacional**. Logo, ao menos sob uma ótica formal, impende indagar se a imprescritibilidade e a inafiançabilidade atingem tão somente à raça, ou também à discriminação e ao preconceito por cor, etnia, religião e procedência nacional?

Não se trata de dilema de pouca relevância, na medida em que a prescrição, como causa extintiva da punibilidade, representa um dos maiores limites ao jus puniendi do Estado. Quando de sua incidência, está-se diante de fato típico, antijurídico e culpável. Entretanto, por deferência do próprio Estado, há o reconhecimento de que o exercício do poder punitivo deve ser limitado a determinado tempo, como garantia dos cidadãos contra o

absolutismo estatal. Veja-se que a possibilidade de punição do fato passa a ser extinta por causa objetiva admitida pelo Estado, isto é, o decurso do prazo por ele mesmo estabelecido para o exercício de seu poder. Neste caso, trata-se da supremacia do direito dos cidadãos ao esquecimento estatal sobre determinadas condutas criminosas em detrimento do jus puniendi exercido sobre condutas idênticas não atingidas pelo decurso do tempo. Aliás, no Brasil apenas duas espécies de infração penal são imprescritíveis, consoante previsão expressa na Constituição Federal. O racismo (art. 5º. inc. XLII) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inc. XLIV).

Da mesma forma, não menos relevante é a inafiançabilidade, na medida em que o instituto da fiança traduz-se em forma alternativa, mais tênue, do exercício do poder punitivo estatal. Oferece-se como solução menos drástica em detrimento da segregação cautelar, tornando-se hodiernamente muito utilizado a partir da reforma empreendida no Código de Processo Penal por meio da Lei n.º 12.403/2011 e da Lei n.º 13.964/2019.

Nesta configuração, parece-nos que a resposta à indagação acerca dos limites da imprescritibilidade e inafiançabilidade do racismo, a partir do alcance desta expressão, deve ser extraída do próprio texto constitucional. Na medida em que o inciso XLII do artigo 5º da Carta Constitucional estabelece que a prática do racismo terá estas consequências, nos termos da lei, é declarada a intenção do legislador constituinte em relegar ao legislador ordinário o comprometimento com os limites desta criminalização e do próprio conceito.

Seguindo o norte estabelecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, que em seu artigo 1º já estabelece a igualdade, a liberdade e a dignidade entre todos os cidadãos (ONU, 1948), a extensão do conceito de racismo foi definida na Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1968 da ONU, por meio da Resolução 2.106-A de sua Assembleia Geral, ratificada pelo Brasil em 27.03.1968, abrangendo toda forma de distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que objetive a anulação ou restrição do reconhecimento, gozo ou exercício no mesmo plano de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública (ONU, 1968). O art. 4º da Convenção estabelece a necessária criminalização dessas condutas ao enfatizar que seus Estados-membros devem punir, na forma da lei, a difusão de ideias, discriminações, ou quaisquer atos aptos a gerar violência ou provocação espelhados na superioridade ou ódio raciais dirigidos a qualquer raça ou grupo de pessoas de outra cor ou origem étnica.

Conforme assevera Sarlet (2013, p. 13-44), a dignidade da pessoa humana foi guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito. Por isso, compete ao Estado assumir função de instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas. E, para tanto, faz-se necessário considerar a dúplice função do princípio da dignidade da pessoa humana, atuando tanto como limitador da intervenção do Estado e de terceiros,

quanto na tarefa de gerar um dever jurídico de tutelar e promover a dignidade humana contra o Estado e terceiros. É na segunda função que se justifica a constitucionalidade da intervenção estatal, por meio da imprescritibilidade e inafiançabilidade de todas as formas de preconceito e discriminação, considerando-se a expressão racismo modo abrangente, incluindo o conjunto de atributos humanos conformados pela raça, cor, etnia, religião e procedência nacional ou origem. Observe-se que a redação interventiva do Estado, via Carta Maior, quando trata da necessária criminalização do preconceito e discriminação, refere-se ao racismo, termo genérico e ampliativo, que deve ser conjugado com a necessária, irrestrita e ampla proteção da dignidade da pessoa humana, irradiando sobre todos os direitos fundamentais. Nesse sentido, a materialização do entendimento ampliativo adotado pelo STF foi emblemático ao julgar o caso "Siegfried Ellwanger", ocorrendo a expansão do alcance e da abrangência da expressão racismo para alcançar o preconceito e a discriminação religiosa, ao incidir na tipicidade do crime do artigo 20 da Lei 7.716 de 1989.

Recentemente, no ano de 2019, através de julgamento em conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26 e do Mandado de Injunção de nº 4733, o Pleno do STF, por maioria, estendeu a aplicação da Lei de nº 7.716 de 1989 às condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, enquanto o Congresso Nacional não editar uma Lei específica, punindo tais condutas, posto que a repressão penal à prática da homofobia e da transfobia não alcança, muito menos restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio. Em síntese, a tese amplia o conceito de racismo, ultrapassando aspectos biológicos ou fenotípicos, alcançando a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis, como a população LGBT (BRASIL, 2019).

Por isso, razão assiste a Heringer Júnior (2012, p. 91), quando preconiza que o Direito Penal pode voltar suas baterias para a efetivação dos princípios constitucionais, destacando-se o reforço pela efetivação da igualdade entre os cidadãos, na medida em que a esfera criminal incide sobre a sociedade de forma transversal, provocando fragilidades e desníveis na incidência do sistema jurídico penal.

Nessa senda, a prática de condutas que resultem da discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, ou ainda, que versem sobre transfobia ou homofobia, representam crimes imprescritíveis, inafiançáveis, sujeitos às penas de reclusão cominadas na Lei 7.716/89.

Contudo, a despeito da clareza do texto constitucional quanto à necessidade do trato criminal irrestrito contra o preconceito e a discriminação por racismo, tais condutas ainda não foram consideradas hediondas pelo legislador, de acordo com o que preleciona a Lei n.º 8.072 de 1990 (BRASIL). Nela, uma gama enorme de tipos penais são rotulados de hediondos, não se incluindo o racismo. Esta vicissitude retrata inegável omissão legislativa quando efetuada uma construção hermenêutica a partir da importância do rótulo

constitucional conferido ao tema. Aliás, o contrassenso é evidente, na medida em que o racismo é imprescritível e inafiançável, mas não é hediondo. Anote-se que a lacuna aqui existente denota uma grande falta de atenção do legislador ordinário para tema de tamanha relevância. Se o texto constitucional estabelece a inafiançabilidade e a imprescritibilidade do racismo, bem como determina a existência de sua criminalização com pena de reclusão, também erige determinada camada de condutas criminosas ao patamar da hediondez, maior nível de repugnância jurídica e social (BRASIL, 1988). No entanto, até hoje a Lei n. 8.072/90 é lacunosa neste sentido. E, veja-se, tanto a necessária criminalização do racismo em caráter imprescritível e inafiançável, como a necessidade de legislação estabelecendo a hediondez de determinadas condutas criminosas encontram-se no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição, conformando um espectro normativo coeso e harmônico, inclusivo e sistêmico, levando o intérprete à necessária observação integrada.

RACISMO E INJÚRIA RACIAL NO CENÁRIO PÁTRIO CONTEMPORÂNEO

A despeito da existência da Lei n.º 7.716/89, que estabelece a tipificação do racismo em suas várias formas e condutas, também coexiste no sistema jurídico penal brasileiro a figura típica da injúria qualificada, prevista no parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, introduzida pela Lei n.º 9.459/97.

A referida injúria qualificada, até a data de 11 de janeiro do ano de 2023, previa a doutrinariamente conhecida "injúria racial" (NUCCI, 2020), porquanto punia a injúria que se utilizava de "elementos referentes a **raça, cor, etnia,** religião, **origem** ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência" (BRASIL, 1940 – grifo nosso). Entretanto, tivemos, recentemente, importante alteração legislativa no cenário pátrio, na medida em que a injúria racial, através da Lei n.º 14.532/2023, migrou do parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal para a Lei n.º 7.716/89, sendo criado o artigo 2º-A, punindo aquele que "injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de **raça, cor, etnia ou procedência nacional**" (BRASIL, 2023) com a pena de reclusão, de dois a cinco anos e multa.

Nesse passo, sem a pretensão de exaurir o tema, é necessário tecer algumas ponderações a despeito dessa importante alteração legislativa, já que tanto do ponto de vista penal quanto do processual penal tivemos mudanças notáveis ao enfrentamento da injúria racial, agora, delito de racismo.

Desse modo, em um primeiro movimento, é mister explicitar que a injúria qualificada (preconceituosa) do parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, atualmente, pune aquele que injuriar alguém, se utilizando de "elementos referentes a **religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência**" (BRASIL, 2023), com a pena de reclusão de um a três anos e multa. Logo, se trata de delito afiançável e, nos termos do artigo 322 do Código de Processo Penal de 1941 (BRASIL), passível de arbitramento de fiança por parte da

autoridade policial, já que a pena privativa de liberdade máxima cominada não suplanta quatro anos. Além disso, por ter pena mínima não superior a um ano, é passível de aplicação do instituto da suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, conforme consta no artigo 89 da Lei n.º 9.099/95 (BRASIL). Outrossim, não podemos deixar de aludir que, por expressa previsão do parágrafo único do artigo 145 do Código Penal (BRASIL), é delito cuja procedibilidade ocorre por intermédio de ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Ou seja, o Membro do Ministério Público depende da representação da vítima para iniciar a persecução penal.

Num segundo passo, reportamo-nos ao delito do artigo 2º-A da Lei n.º 7.716/89, onde o legislador pátrio, em verdadeira Lex Gravior (LIMA, 2020, p. 416), cuja aplicação é válida apenas para os delitos praticados a partir da data da publicação da Lei n.º 14.532/2023 (11 de janeiro de 2023), passou a prever a punição da injúria racial referente à ofensa da dignidade ou do decoro por motivos de raça, cor, etnia ou procedência nacional (origem), com a pena de reclusão de dois a cinco anos e multa. Portanto, à luz da nossa Carta Maior (artigo 5º, XLII), se tratam de condutas inafiançáveis e imprescritíveis, sujeitas à reclusão. Além do mais, como a pena mínima, agora, suplanta o patamar de um ano, não há mais que se falar na aplicação do instituto da suspensão condicional do processo à injúria racial, o que, a nosso ver, diante da magnitude da aversão que essa conduta representa, deveria ter sido vedada desde muito tempo.

Ademais, refutamos qualquer tese tendenciosa no sentido de ter ocorrido *abolitio criminis* das condutas injuriosas que se utilizavam dos elementos "raça, cor, etnia e origem" que constavam da antiga redação do parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, já que, na verdade, estamos diante do princípio da continuidade normativo-típica.

De acordo com o referido princípio, quando determinado tipo penal incriminador for "expressamente revogado, mas seus elementos venham a migrar para outro tipo penal já existente, ou mesmo criado por uma nova lei. Nesses casos, embora aparentemente tenha havido a abolição da figura típica, temos aquilo que se denomina de *continuidade normativo-típica*" (GRECO, 2017). Consequentemente, não nos restam dúvidas de que estamos diante deste importante princípio que evita a ocorrência da *abolitio criminis*, com "a permanência da conduta anteriormente incriminada, só que constante de outro tipo penal" (GRECO, 2017), ainda que com outra roupagem, a despeito dos elementos origem e procedência nacional.

No parágrafo único do artigo 2º-A da Lei n.º 7.716/89, introduzido recentemente pela Lei n.º 14.532/2023, o legislador pátrio aportou causa de aumento de pena da metade, quando a injúria racial for praticada em concurso de duas ou mais pessoas, fato que pode acabar inibindo a criminalidade em concurso de agentes, posto que a causa de aumento de pena tem claro escopo preventivo e punitivo. Destarte, atualmente, com a inserção na lei do racismo (Lei n.º 7.716/89), o delito de injúria racial passou a ser de ação penal pública incondicionada. Com efeito, hoje, no Brasil, independentemente da existência

de exteriorização da vontade da vítima, o Membro do Ministério Público poderá iniciar a persecução penal pelo delito de injúria racial praticado a partir de 11/01/2023, já que foi alterada a sua procedibilidade.

Ainda que a Lei n.º 14.532/2023 tenha inserido o delito de injúria racial na Lei dos crimes de racismo, é de extrema importância observar que o legislador, deliberadamente, **não inseriu a injúria religiosa** no tipo penal da injúria racial, mesmo que a **discriminação ou o preconceito religioso** esteja presente no próprio caput do artigo 1º da Lei n.º 7.716/89, configurando o delito de racismo. Na nossa humilde opinião, com essa incongruência, agiu mal o legislador, porquanto, injustificadamente deixou essa espécie gravosa e tão nociva de racismo isolada no parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal pátrio, repercutindo sobremaneira nos desdobramentos da persecução penal, o que poderá ensejar em impunidade para os autores dessas ultrajantes condutas.

Igualmente, nos sentimos no dever de explicitar que o legislador contemporâneo deixou passar uma grande oportunidade para, finalmente, inserir o delito de racismo ao rol dos crimes hediondos previstos na Lei n.º 8.072/90. Com efeito, seguimos batendo nesta tecla (SBARDELLOTTO; TERRA, 2022, p. 30-31), pois tamanha incongruência legislativa para com o semelhante não merece seguir prosperando em nosso ordenamento pátrio.

Os delitos de racismo perfazem um conjunto abrangente de tipos penais que têm como objeto jurídico a proteção da dignidade humana em sua plenitude, coibindo o preconceito e a discriminação em todas as suas formas e manifestações.

Nessa conjuntura, impende observar que os tipos penais previstos na Lei n.º 7.716/89, notadamente, aqueles que estão a partir de seu artigo 2º-A até o 20º. Em linhas gerais, à exceção do artigo 20, as demais condutas dizem respeito ao comportamento discriminatório ou preconceituoso em determinadas situações ou locais, além de um tipo específico quanto a manifestações nazistas (§ 1º do art. 20). São condutas objetivamente bem definidas e de fácil subsunção. Já o artigo 20 criminaliza por meio de três verbos nucleares abertos condutas que, residualmente aos demais tipos penais, representem o ato de Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (BRASIL, 1989), com pena de reclusão de um a três anos e multa.

Antes do advento da Lei n.º 14.532/2023, o nosso desafio residia em localizar a distinção necessária entre a conduta de "praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional" (art. 20) e a postura de "injuriar alguém" (§ 3º do art. 140 do CP)[1] por meio da utilização dos mesmos elementos típicos.

Nessa trilha, Rogério Greco entendia que "ao contrário da calúnia e da difamação, com a tipificação do delito de injúria busca-se proteger a chamada honra subjetiva, ou seja, o conceito, em sentido amplo, que o agente tem de si mesmo" (GRECO, 2017, p. 639).

1 Quanto aos elementos "condição de pessoa idosa ou deficiente", foram inseridos pelo Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003) à figura da injúria qualificada, não se referindo ao preconceito ou discriminação racista.

Já para Aníbal Bruno, a “injúria é a palavra ou gesto ultrajante com que o agente ofende o sentimento de dignidade da vítima [...]” (BRUNO, 1976, p. 300). Como bem adverte Santos, no delito de injúria qualificada, de acordo com a antiga redação do parágrafo §3º do artigo 140 do Código Penal, anotava-se como elemento subjetivo o dolo de injuriar, que representa a vontade livre e consciente de lançar ofensa à vítima em razão de ela pertencer a determinada raça, cor, etnia, religião ou por conta de sua origem ou ainda por sua condição de idosa ou portadora de deficiência (SANTOS, 2010, p. 143).

De tal modo, o bem jurídico tutelado, portanto, no delito de injúria, sempre será a honra subjetiva da vítima, consistente “na consciência e no sentimento que tem a pessoa de sua própria valia e prestígio, quer dizer, a autoestima” (CONDE, 2002, p. 274). Por isso, na injúria o sujeito passivo é pessoa determinada ofendida em sua honra subjetiva, isto é, atingida em seus predicados individualmente. Assim, na injúria qualificada agregavam-se aos elementos necessários ao tipo penal da injúria simples elementos de conotação racista. Ocorre que, por ser um tipo penal qualificado, a injúria com caracteres racistas era definida a partir dos elementos do tipo base, “caput”, agregados aos elementos que a tonificam a partir de aleivosias direcionadas à raça, cor, etnia, religião ou origem (além da condição de idoso ou deficiente) da vítima determinada. Com este contorno, a injúria racial estará caracterizada quando Paulo chamar Pedro de italiano nojento. Mas e quando Paulo disser que os italianos são repugnantes, sem identificar a vítima, qual dos tipos penais terá violado?

A diferença fundamental para a incidência do crime de racismo tipificado no artigo 20 da Lei n.º 7.716/89 e de injúria preconceituosa ou racial, agora, também modalidade do crime de racismo, cuja morada atualmente se encontra no artigo 2º-A da mesma lei, está no alcance do direcionamento da ofensa. No caso do delito de racismo, propriamente dito, os elementos raciais empregados abrangem toda a coletividade daquele grupo ofendido. Já no crime de racismo, na modalidade injúria racial, a ofensa/injúria é direcionada, exclusivamente, ao ofendido, não englobando a coletividade de pessoas ou determinado grupo que o indivíduo pertença. Ou seja, possui destinatário final bem delimitado. Rios Gonçalves apregoa com maestria que:

> Não se confunde a injúria racial (1a parte do dispositivo), em que o agente endereça ofensa a pessoa ou pessoas determinadas em razão de sua raça, cor, etnia, religião ou origem, com o crime de racismo, descrito no art. 20 da Lei n. 7.716/89, que se configura quando o agente faz referência preconceituosa genericamente a todos os integrantes de certa raça, cor, religião etc. Assim, chamar de “macaco” pessoa de cor negra constitui injúria qualificada, enquanto escrever ou dizer que “negros são pessoas ignorantes” constitui racismo (GONÇALVES, 2018, p. 223-224).

Para Cunha, no crime de injúria racial ou preconceituosa, que tinha morada no parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal (BRASIL), o dolo do agente era o de realizar uma ofensa moral na vítima. Com efeito, para o autor, o objeto era o preconceito de raça ou

de cor que, de forma alguma se equiparava à conduta do crime de racismo, pois “mesmo que na origem possamos identificar no racista e no injuriador racial a convicção de que há cidadãos que, por sua raça ou cor, devem ser discriminados (segregados)”. Embora ambos os tipos penais explicitam essa convicção distintamente, não competiria ao Poder Judiciário igualar duas situações que o legislador, antes do advento da Lei n.º 14.532/2023 (BRASIL), pretendeu, claramente, diferenciar (CUNHA, 2020, p. 203).

Também Christiano Jorge Santos (2010, p. 149) apregoava que “os bens jurídicos tutelados nos crimes de injúria e de racismo (ou crimes de preconceito e de discriminação da Lei n 7.716/89) são totalmente distintos: honra subjetiva e igualdade”, respectivamente.

Desta forma, vislumbrava-se na tipificação de práticas racistas a sujeitos passivos indeterminados e na ofensa a vítima determinada com esta conotação absolutamente pejorativa o enquadramento, respectivamente, nos tipos penais do artigo 20 da Lei n.º 7.716/89 e da antiga redação do parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, perfazendo o fechamento de um círculo que contorna ambas as possibilidades de racismo, caracterizando o que Bitencourt (2008, p. 325) identificou como a vontade do legislador de eliminar a possibilidade de ocorrer a desclassificação de determinadas condutas que não se afeiçoavam ao tipo penal do racismo para o tipo da injúria simples (art. 140, “caput”, CP), em muitas decisões judiciais.

Conforme já mencionamos, outra diferença importante que ocorria entre os delitos residia no campo da procedibilidade, posto que o crime de racismo é crime de ação penal pública incondicionada, ao passo que o crime de injúria racial, antes da vigência da Lei n.º 14.532/2023 (BRASIL), se procedia mediante representação do ofendido (parágrafo único do artigo 145 do Código Penal). Outrossim, destacamos que até a edição da Lei n.º 12.033/2009, a ação penal era privada, em absoluto contrassenso, porquanto a vítima, muitas vezes sem qualquer condição para constituir procurador, ou mesmo de ser atendida pela Defensoria Pública, necessitava de ajuizar queixa-crime. Atendendo a própria objetividade jurídica tutelada pelo tipo penal e à realidade social brasileira, houve, em um primeiro momento, mudança legislativa para considerar tal injúria delito de ação penal pública condicionada à representação. Tal situação justificava-se, uma vez que a injúria é delito que ofende a honra subjetiva, de pessoa(s) determinada(s). Coerente, outrora, respeitar sua vontade em representar, bem como possível a identificação do sujeito passivo para assim proceder. Contudo, essa situação mudou completamente com a Lei n.º 14.532/2023, na medida em que o delito de injúria racial, finalmente, passou a ser reconhecido pelo legislador pátrio como espécie de racismo, sendo, também, delito que se procede através de ação penal pública incondicionada. Ademais, atualmente, podemos afirmar que a Lei n.º 7.716/89 comporta, na verdade, diversas espécies do gênero racismo, desde aquele que atinge toda a coletividade, até aquele que atinge a honra subjetiva da vítima e seja possível identificar a(s) vítima(s) desta nefasta conduta.

No que concerne ao quantum de pena base cominada ao delito de injúria racial, antigamente, o legislador se utilizava do mesmo patamar aplicado ao crime de racismo do artigo 20 da Lei nº 7.716/89, consistindo no apenamento de um a três anos de reclusão e multa. Porém, com o advento da Lei n.º 14.532 (11/01/2023), tal delito, quando praticado por motivos de raça, cor, etnia ou procedência nacional, passou a comportar a pena de dois a cinco anos de reclusão e multa.

A despeito dos elementos analisados, a questão fulcral, antes da Lei n.º 14.532/2023, jazia na discussão acerca da (in)afiançabilidade e (in)prescritibilidade do crime de injúria qualificada por motivo de raça, cor, etnia, religião e origem, porquanto as formas de racismo elencadas na Lei n.º 7716/89 não careciam deste dilema, consoante já demonstrado em tópico anterior.

Neste aspecto, uma primeira interpretação sustentava que a equiparação da injúria qualificada à condição de delito inafiançável e imprescritível configuraria nítida analogia in mallam partem, vedada em se tratando de qualquer tema inerente ao Direito Penal (HIRECHE; OLIVEIRA, 2016). Entretanto, diversamente, parcela da doutrina, a exemplo de GRECO FILHO (2016), apregoava, acertadamente, que a injúria qualificada por motivos racistas também deveria ser considerada imprescritível e inafiançável, porquanto decorre do mesmo preceito constitucional que condiciona o legislador à criminalização de todas as formas de racismo, bem como porque a Lei n.º 7.716/89, claramente, não esgotou todas as figuras típicas racistas e de modo algum constitui um rol taxativo. Historicamente, o racismo já causou à humanidade o extermínio de milhares de seres humanos, a pretexto de serem inferiores, motivo pelo qual não mereciam viver (NUCCI, 2020, p. 696).

No âmbito dos Tribunais Superiores, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), mesmo antes do advento da Lei n.º 14.532/2023, já possuía posição uníssona no sentido de se aplicar a imprescritibilidade e a inafiançabilidade à injúria racial, como ocorreu já no julgamento do recurso de agravo regimental no recurso especial de número 686.965, originário do Distrito Federal, julgado em 18.08.2015, e no recente AgRg no REsp 1849696/SP, julgado em 16.06.2020, considerando que o crime de ***injúria racial possui o mesmo sentido de segregação presente nos demais crimes de conotação racial***, e **com o advento da denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário** do **racismo,** portanto, **imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão**. Desta forma, o crime de injúria racial seria imprescritível, somando-se aos crimes da Lei de n. 7.716/89, na medida em que o elenco neste diploma legal existente não é taxativo (BRASIL, 2020 - grifamos).

No cerne da imprescritibilidade aplicada ao crime de injúria racial, é mandatário mencionar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, recentemente, concluiu o julgamento do Habeas Corpus de nº 154.248/DF (BRASIL, 2021), cuja relatoria pertenceu ao Ministro Edson Fachin, **expandindo a imprescritibilidade do crime de racismo para o crime de injúria racial**, espécie de racismo, in verbis:

> A simples distinção topológica entre os crimes previstos na Lei 7.716/1989 e o art. 140, § 3º, do Código Penal não tem o condão de fazer deste uma conduta delituosa diversa do racismo, até porque o rol previsto na legislação extravagante não é exaustivo.
>
> **Por ser espécie do gênero racismo, o crime de injúria racial é imprescritível** (BRASIL, 2021). (grifo nosso)

No mesmo julgado, vale destacar a manifestação da Procuradoria-Geral da República, no sentido de que:

> A tipificação dos possíveis crimes decorrentes da prática de racismo não pode ser tida como esgotada com a Lei 7.716/1989, sob pena de ser diminuída a vontade do Constituinte de 1988 no sentido de que a prática social do racismo, que não se resume a determinado tipo penal, seja, por meio da imprescritibilidade, expurgada do país, até porque o Brasil rege-se no cenário internacional pelo repúdio a essa prática, nos termos do inc. VIII do art. 4º da Constituição Federal (BRASIL, 2018).

Ademais, a imprescritibilidade e inafiançabilidade do crime de injúria qualificada apresentava-se também consentânea com os emblemáticos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, caracterizados pelo Caso Siegfried Ellwanger (HC. 82.424/RS), que ampliou a abrangência do conceito de racismo para alcançar a difusão do nazismo, bem como pelo contemporâneo julgamento em conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26 e do Mandado de Injunção de nº 4.733, no qual o Pleno do STF, por maioria, estendeu a aplicação da Lei de nº 7.716 de 1989 às condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, enquanto o Congresso Nacional não editar uma Lei específica, punindo tais condutas. Nos dois éditos, o Pretório Excelso estabeleceu limites positivos à criminalização de condutas racistas, ampliando o espectro de incidência dos tipos penais destinados a combater o preconceito e a discriminação racial, com fundamento na vedação da proibição deficiente. Assim, coerente associar as diversas figuras típicas da Lei n.º 7.716/89 e o parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, porquanto todos coincidem com a norma contida no artigo 5º, XLII da Carta Magna.

Com a nova lei (14.532/2023), entendemos que o legislador pátrio encampou o entendimento dos Tribunais Superiores, pois não restam mais dúvidas de que a injúria racial configura espécie do gênero racismo e, nos termos da nossa Carta Maior, deve, sim, ser delito imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão.

A despeito da polêmica, já nos parecia que a injúria de conotação racista se encontrava conglobada no espectro constitucional de proatividade legislativa voltada a coibir qualquer forma de preconceito e discriminação, conformando-se também com o princípio da dignidade da pessoa humana que irradia sobre todos os demais preceitos normativos no ordenamento pátrio (SBARDELLOTTO; TERRA, 2022, p. 36). Percebe-se, entretanto, que o deslinde do legislador ordinário foi sendo objeto de importantes decisões das Cortes Superiores que, finalmente, ganharam corpo para que tais condutas repugnantes para com o semelhante fizessem parte do arcabouço da Lei n.º 7.716/89.

Ainda, no que tange às práticas homofóbicas e transfóbicas, após o começo da vigência da Lei n.º 14.532/2023 (11/01/2023), em respeito às decisões supramencionadas da Suprema Corte, percebemos que quando a ofensa for direcionada à pessoa determinada, estará presente o tipo penal do artigo 2º-A da Lei n.º 7.716/89, ao passo que, quando a ofensa for direcionada à toda a coletividade ou grupo LGBT, restará configurado o delito do caput do artigo 1º da mesma lei.

Além das necessárias mudanças que apontamos, a Lei n.º 14.532/2023 trouxe importantes dispositivos que possibilitarão um divisor de águas no enfrentamento às condutas racistas, a exemplo da introdução da nova redação ao §2º do artigo 20 da Lei n.º 7.716/89, o qual pune a prática, a indução ou a incitação à discriminação ou ao preconceito por motivos de "raça, cor, etnia, **religião** ou procedência nacional" cometido através "dos meios de comunicação social, de publicação em redes sociais, da rede mundial de computadores ou de publicação de qualquer natureza" com a pena de reclusão de dois a cinco anos e multa.

Ademais, incluiu um mandatório parágrafo §2º ao artigo 20, de modo que, quando qualquer dos crimes previstos no artigo 20 da Lei n.º 7.716/89 ocorrer no "contexto de atividades esportivas, **religiosas**, artísticas ou culturais destinadas ao público", a pena cominada será de dois a cinco anos de reclusão e, a proibição de frequência, por três anos, aos locais dedicados às práticas "esportivas, artísticas ou culturais destinadas ao público, conforme o caso". Nesse passo, ainda que a conduta ocorra em templo religioso, o **legislador não inseriu a vedação de frequentar templos religiosos ao autor do delito**. Acreditamos que essa deliberada omissão legislativa se deu em decorrência do teor do inciso VI do artigo 5º da nossa Carta Maior de 1988, o qual assegura "o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias" (BRASIL). O tema é, no mínimo, polêmico, já que o artigo pune o racismo religioso, mas não proíbe o autor dessa injustificável conduta de frequentar o templo religioso, o que, sem dúvidas, apresenta um enorme contrassenso se o escopo é melhorar o embate ao racismo.

Contudo, agiu bem o legislador ao inserir o artigo 20-A na Lei n.º 7.716/89, o qual, visivelmente, tem o desígnio de acabar com a brincadeira racial, na medida em que apresenta causa de aumento de pena para o racismo recreativo aplicável a todos os crimes previstos na Lei n.º 7.716/89, quando estes delitos forem cometidos no contexto ou com o intuito de descontração, diversão ou recreação, tal incremento varia de 1/3 (um terço) até a metade da pena imposta ao delinquente.

Já no artigo Art. 20-D, o legislador inseriu um tipo processual que menciona acerca da obrigatoriedade de a vítima do delito de racismo estar acompanhada de advogado ou defensor público em todos os atos processuais, cíveis e criminais. No que tange à esfera cível, entendemos que a mudança é benéfica, pois, pode ser intentada a ação de reparação de danos antes mesmo do trânsito em julgado da ação penal. Todavia, no tocante à esfera criminal, por se tratar de delito que se procede via ação penal pública incondicionada,

cuja titularidade, por ser pública, pertence privativamente ao Ministério Público, conforme expressa previsão do inciso I do artigo 129 da nossa Carta Maior de 1988 (BRASIL), a presença compulsória de advogados ou defensores públicos para acompanhar a vítima em todos os atos processuais, inevitavelmente, nos faz cogitar que o legislador acabou criando uma nova espécie de assistente de acusação: o ***assistente de acusação compulsório***, por expressa disposição legal.

Por derradeiro, com a inserção do artigo 20-C à Lei n.º 7.716/89, o legislador pátrio, em clara alusão ao item um do artigo 1º do Decreto n.º 10.932/2022 (Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância) documento internacional de direitos humanos que foi recepcionado em conformidade com o disposto no parágrafo §3º do artigo 5º da nossa Carta Magna de 1988, equivalendo, assim, à emenda constitucional, explicitou que **na interpretação da lei que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**, o magistrado deve considerar como discriminatória qualquer atitude ou tratamento despendido à pessoa ou aos grupos minoritários que acarrete "constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida, e que usualmente não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, **religião** ou procedência". Por outras palavras, **o juiz, na interpretação da lei do racismo, deve, principalmente, observar se a(s) vítima(s) receberiam o mesmo tipo de tratamento discriminatório se fossem pertencentes à classe dominante**.

O enfrentamento ao racismo é um desafio perene, já que essa conduta foi responsável pelas maiores mazelas e atrocidades que a história humanidade atravessou ao longo dos anos, presente, praticamente, em todas as civilizações. Porém, até os dias de hoje, podemos perceber práticas reiteradas dessa nefasta conduta, o que não é admissível, seja à luz da dignidade da pessoa humana, seja à luz de todo o sistema internacional de direitos humanos, seja, também, à luz de nossa Carta Maior de 1988 que é incisiva contra essas condutas discriminatórias e preconceituosas. Aperfeiçoar o enfrentamento ao racismo era necessário, contudo, como dizia Nelson Mandela, ainda temos de "libertar o povo da pobreza, do sofrimento e de todo tipo de discriminação" (MANDELA, 2006, p. 162). Não podemos desistir de construir uma sociedade mais justa, mais humana, mais igualitária para todos nós, onde a criminalidade e o ódio para com o semelhante sejam exceções e o que realmente prevaleça seja a dignidade humana e o respeito mútuo, independentemente de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional ou orientação sexual**.** É nosso dever, seja como operadores do direito, seja como cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fundamentalmente, o tema do combate ao preconceito e à discriminação racial é candente em pleno século XXI. Devido ao fato de ter sido colônia de Portugal, o Brasil foi alvo de intensa discriminação através da escravidão de indígenas e de africanos

importados, que serviam de mão-de-obra para a exploração econômica europeia em território nacional. Tal fato cessou apenas com a Lei Áurea do ano de 1888, responsável por abolir a escravidão no Brasil. Entretanto, a despeito da longa caminhada da humanidade, que alcançou elevados níveis de desenvolvimento industrial, tecnológico, científico e até econômico, a partir de fatos lamentáveis verificados constantemente no sentido de condutas altamente repugnantes que revelam menosprezo a seres humanos em razão de sua raça, cor, religião, etnia, procedência nacional e orientação sexual, avanços jurídicos e sociais se fazem necessários.

Todavia, o resgate da dignidade humana de grupos historicamente segregados na sociedade não é tarefa fácil, já que a estigmatização e a desigualdade social remetem ao passado recente de segregação racial, necessitando não apenas de leis, mas, sobretudo, de ações afirmativas e ampliativas para que direitos e garantias fundamentais constantes na Constituição de 1988 sejam materializados, diminuindo, desta forma, a diferença social existente no cenário pátrio.

No espectro constitucional, o comando é absoluto e claro no sentido de coibir todas as formas preconceituosas e discriminatórias de conotação racial, o que se verifica no inciso IV do artigo 3º, no inciso VIII do artigo 4º e no inciso XLII do artigo 5º, perspectiva que constitui objetivo da República, cujo repúdio é tamanho que o preconceito e a discriminação racial deverão ser criminalizados em caráter inafiançável e imprescritível, além de sua punição com pena de reclusão na forma da lei.

Por isso, destacam-se a Lei n.º 7.716/89, com diversos tipos penais nela inseridos e atualizados, recentemente, por intermédio da Lei n.º 14.532/2023, legislação responsável por ampliar a incidência da lei e, sobretudo, ao crime de injúria racial que outrora possuía morada no delito de injúria qualificada do parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, aplicáveis a uma enorme gama de condutas que historicamente caracterizam práticas racistas. A despeito das peculiaridades de cada dispositivo típico apontado, todos compõe o sistema brasileiro contemporâneo de combate ao preconceito e à discriminação por motivo de raça, cor, religião, etnia ou mesmo procedência nacional, a serem observados em sua forma sistêmico-constitucional e vinculados à proteção da dignidade da pessoa humana modo pleno e irrestrito. Neste contexto, a comunicação do comando constitucional que rotula toda prática do racismo como imprescritível e inafiançável sempre nos pareceu inevitável e necessária, sob pena de se incorrer em contrassenso.

Ainda, entendemos que a omissão do delito de injúria religiosa no delito de injúria racial no tipo penal do recém criado artigo 2-A da Lei n.º 7.716/89 pela jovem, mas necessária, Lei n.º 14.532/2023, lamentavelmente, se deu de forma deliberada pelos legisladores pátrios. Desse modo, em que pese o delito de racismo que consta no próprio caput do artigo 1º da Lei n.º 7.716/89 apontar a discriminação ou preconceito por motivos de religião como delito de racismo, a injúria religiosa pelo mesmo motivo não encontra o mesmo respaldo legal. Esta omissão é grave e acarreta uma série de desdobramentos

do âmbito penal e processual para detestável conduta, já que além de o delito ser procedido por meio de ação penal pública condicionada à representação da vítima, caberá suspensão condicional do processo, fiança, prescrição e, inevitavelmente, poderá ensejar na impunidade do criminoso.

Feita essa ressalva, entendemos que a Lei n.º 14.532/2023 ajudará em muito no enfrentamento às práticas racistas no cenário pátrio, ao passo que possui potencial para que os autores dos delitos de discriminação e preconceito racial sejam realmente punidos.

Para esta conclusão, além do aspecto sistêmico e constitucional que envolve toda a tipicidade inerente ao combate ao racismo, destaca-se a importância do julgado do caso "Siegfried Ellwanger", no qual o Supremo Tribunal Federal aplicou a Lei 7.716/89 (lei dos crimes de racismo) para um caso em que ocorreu discriminação religiosa contra judeus, com todos os gravames constitucionais que o crime de racismo possui: imprescritibilidade, inafiançabilidade e pena de reclusão. Outrossim, a mesma Suprema Corte, recentemente, mesmo antes do advento da Lei n.º 14.532/2023 havia ampliado a incidência da supramencionada lei aos crimes de transfobia ou homofobia, de modo a propiciar uma tutela penal à população LGBT, até que exista lei específica protegendo-os.

Entretanto, nos chama a atenção que nenhuma figura típica que criminaliza condutas racistas seja taxada como delito hediondo pela legislação ordinária. Isto nos revela que ainda há um longo caminho a percorrer em termos de comportamentos sociais, que ainda revelam frequentemente o preconceito e a discriminação decorrentes de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional, bem como no espírito do legislador, que não se inspirou na Constituição Federal e se mostra insensível aos seus comandos no sentido da total intolerância com o racismo. Se a Constituição atribuiu expressamente a imprescritibilidade e inafiançabilidade ao racismo, incongruente que o legislador ordinário, ainda que tenha melhorado consideravelmente o enfrentamento ao racismo com a Lei n.º 14.532/2023, ainda não o tenha elencado ao rol dos crimes hediondos, assim como atribui apenamento brando diante de tamanha repugnância constitucional e social.

Feitas estas considerações, nos limites estreitos deste trabalho, parece-nos evidente que o tema do necessário combate irrestrito ao preconceito e à discriminação, além de procedimentos que resgatem a consciência social pelo respeito e igualdade entre todos os seres humanos, carece de permanente vigilância, conscientização e constantes reflexões acadêmicas, na esperança que consigamos construir uma sociedade mais harmônica, respeitosa e igualitária, onde o ódio e a aversão para com o semelhante não sejam práticas corriqueiras e tampouco passem perto da impunidade.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. ***Constitution Of The Republic Of South Africa***. Disponível em: https://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-1996-1. Acesso em: 07/07/2020.

ANDREWS, George Reid. O protesto político negro em São Paulo (1888-1988), in: Estudos Afro-Asiáticos, n. 21, Rio de Janeiro, 1991.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal**. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte 2. Dos crimes contra a pessoa**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26/10/2020.

BRASIL. **LEI Nº 3.353, DE 13 DE MAIO DE 1888**. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm. Acesso em: 24/10/2020.

BRASIL. **LEI Nº 2.848, DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15/01/2023.

BRASIL. **DECRETO Nº 10.932, DE 10 DE JANEIRO DE 2022**. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm. Acesso em: 15/01/2023.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15/01/2023.

BRASIL. **LEI Nº 7.716, DE 05 DE JANEIRO DE 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 15/01/2023.

BRASIL. **LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm. Acesso em: 24/10/2020.

BRASIL. **LEI Nº 12.288, DE 20 DE JULHO DE 2010**. Estatuto da igualdade racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 24/10/2020.

BRASIL. **LEI Nº 12.990, DE 09 DE JUNHO DE 2014**. Lei da reserva de quotas raciais em âmbito federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm. Acesso em: 24/10/2020.

BRASIL. **LEI Nº 14.532, DE 11 DE JANEIRO DE 2023**. Lei que altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial, prever pena de suspensão de direito em caso de racismo praticado no contexto de atividade esportiva ou artística e prever pena para o racismo religioso e recreativo e para o praticado por funcionário público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14532.htm#art1. Acesso em: 19/01/2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** - (STJ). Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=686.965&b=DTXT&p=true#DOC2. Acesso em: 26/01/2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** - (STF). Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010. Acesso em: 24/01/2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** - (STF). Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349811889&ext=.pdf. Acesso em: 07/05/2022.

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

CHIAVENATO, Júlio José. **O negro no Brasil: da senzala à guerra do Paraguai**. 4. Ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CONDE, Francisco Muñoz. ***Derecho Penal – Parte especial***. 14. ed. Valencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 2002.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

DOMINGUES, Petrônio. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. Tempo, (23), 2007. Disponível em: https://www.scielo.br/j/tem/a/yCLBRQ5s6VTN6ngRXQy4Hqn/?lang=pt&format=pdf. Acesso em: 15/1/2023.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Coord. FERREIRA, Marina Baird; ANJOS, Margarida dos. Coritiba: Positivo, 2010.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira, v.1.** São Paulo: Saraiva, 1995.

FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade - Curso dado no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes. 2002.

GALEANO, Eduardo. O teatro do bem e do mal. In: **Eduardo Galeano: obras escolhidas**. Porto Alegre: L&PM, 2022.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017.

JUNIOR, Bruno Heringer. **Constituição e (Des)Igualdade:** A Ilegitimidade da Gestão Diferencial na Criminalidade no Marco do Estado Democrático e Social de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

MANDELA, Nelson Rolihlahla. **Longo Caminho Para A Liberdade: a autobiografia de Nelson Mandela.** Tradução: Suzana Pereira. Braamfontein, Gauteng, África do Sul: Nolwazi Educational Publishers (Pty) Ltd; Londres, Reino Unido: Little, Brown and Co. Ltd. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por. Acessado em: 24/01/2021.

PESSOA, Amanda Carolina Santos. A diversidade brasileira, as minorias, o direito e a busca pela igualdade em contraposição às discriminações sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** | vol. 106/2018 | p. 201 - 223 | Mar - Abr / 2018 | DTR\2018\10744.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Christiano Jorge. Racismo ou injúria qualificada? In: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord). **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 102/2013 | p. 13 - 44 | Maio - Jun / 2013 | DTR\2013\3300. Acessível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document. Acesso em: 22/01/2021

SBARDELOTTO, Fábio Roque; TERRA, Venâncio Antônio Castilhos de Freitas. Crimes de Discriminação. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 91, Jan. – Jun. de 2022, p. 15-40. Disponível em: https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/264/148. Acesso em: 19/01/2023.

SILVA, Mozart Linhares da; ARAÚJO, Willian Fernandes. Biopolítica, racismo estrutural-algorítmico e subjetividade. Revista Educação – UNISINOS, v. 24 (2020). Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/educacao/article/view/edu.2020.241.40. Acesso em: 15/01/2023.

SOUSA, Ricardo Alexandre Santos de. A extinção dos brasileiros segundo o conde Gobineau. Revista Brasileira de História da Ciência, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 21-34, jan-jun 2013. Disponível em: https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/his-34211. Acesso em: 15/01/2023.

RAEDERS, Georges. D. Pedro II e o conde de Gobineau. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1938.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ***Crímenes de massa***. 2. ed. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Consideraciones Acerca Del Reconocimiento Del Pluralismo Cultural En La Ley Penal. In: FERRAJOLI, Luigi. ***La emergencia del miedo***. 1. ed. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1 - Parte Geral**. 12ª Edição, revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

CAPÍTULO 9

A CONSTRUÇÃO DO ATOR FEMININO E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO E RAÇA NO CONTO "MARIA" DE CONCEIÇÃO EVARISTO

Data de aceite: 01/12/2023

Artur Luís da Silva

Vera Lúcia Rodella Abriata
Doutora em linguística/Semiótica Francesa

INTRODUÇÃO

Com base nos fundamentos teóricos da semiótica francesa, esta pesquisa analisa o conto "Maria", da escritora brasileira Conceição Evaristo. O conto é narrado em terceira pessoa, mas revela principalmente o ponto de vista de Maria, que é a protagonista da história. Ela é uma empregada doméstica negra e mãe solteira de três filhos a qual sofre violência social, de gênero e racial.

Utilizamos elementos do percurso gerativo de sentido com a finalidade de apreender a forma de construção da atriz "Maria" e também os significados e valores sugeridos no conto.

OBJETIVOS

Pretendemos

1. analisar a forma de construção do ator feminino e os sentidos da narrativa, a partir de sua estrutura interna, utilizando elementos do percurso gerativo de sentido;
2. observar como a estrutura interna da história revela a crítica do narrador à visão de mundo de um grande segmento da sociedade brasileira contemporânea, marcada pelo preconceito de gênero, raça e classe social;
3. revelar a violência social contra setores marginalizados da sociedade, especialmente contra mulheres negras.

REFERENCIAL TEÓRICO - METODOLÓGICO

Utilizamos elementos do percurso gerativo de sentido da teoria semiótica francesa, constituído de três níveis:

1. Nível fundamental

- Apreensão de **termos** que revelam oposições semânticas (de significado). **Eles** recebem no texto traços eufóricos (positivos) ou disfóricos (negativos);

2. Nível narrativo

- sujeitos do fazer transformam estados de sujeitos de estado em busca de objetos nos quais investem valores: objetos-valor.

3. Nível discursivo

- O enunciador projeta figuras no discurso:
- elas representam elementos do mundo natural ou ficcional e se referem a temas do discurso:
- Os temas são apreendidos por meio da relação entre figuras do texto e revelam valores sociais, históricos e ideológicos de um grupo social.

DISCUSSÃO E RESULTADOS

Contextualização: A história focaliza a volta do trabalho de ônibus da atriz "Maria". Um antigo amante, pai de seu primeiro filho, está no ônibus. Ele a vê, passa pela catraca e paga as passagens para os dois. Ele se senta ao lado dela e diz que sente sua falta, perguntando sobre o filho e sobre a sua vida. De repente, ele anuncia um assalto; estava armado e só Maria não é assaltada. Ele e um acompanhante que veio do fundo do ônibus descem do veículo e os passageiros acusam Maria: [...] "Alguém gritou que aquela **puta safada** conhecia os assaltantes [...] O dono da voz se encaminhou em direção a Maria. A mulher teve medo e raiva. Que merda! Não conhecia nenhum agressor. Olha só, a **negra** ainda é **atrevida,** disse o homem, **lascando um tapa no rosto da mulher**. Alguém gritou: **Lincha! Lincha! Lincha**!... [...] Maria punha sangue pela boca, pelo nariz e pelos ouvidos [...]. Quando chegou a polícia, **o corpo da mulher** já estava todo **dilacerad**o, todo **pisotead**o. Maria queria tanto dizer ao filho que o pai havia mandado um abraço, um beijo, um carinho" (EVARISTO, 2016).

DISCUSSÃO

O ator "Maria", no **nível narrativo,** é um **sujeito de estado** que passa da conjunção para disjunção com o objeto-valor "vida". Seu papel temático é o de empregada doméstica e mãe de três filhos. O **sujeito do fazer é um sujeito coletivo** "passageiros de ônibus". No **nível discursivo**, as seguintes figuras sublinhadas "[...] Ela levou para casa os **restos**. **O osso do pernil"** revelam o tema da pobreza. **As figuras** grifadas acima, no trecho do texto: "puta safada", "lascando um tapa no rosto da mulher", "negra atrevida", "lincha", "corpo pisoteado, "dilacerado" **manifestam os temas** do racismo e da violência contra a

mulher negra . **No nível fundamental** temos a oposição semântica entre vida vs. morte, e a vida de uma mulher negra e pobre é considerada difórica do o ponto de vista do **sujeito coletivo "passageiros".**

RESULTADOS

A semiótica francesa possibilita ao **enunciatário "leitor" captar os sentidos sugeridos no conto a partir de sua estrutura interna**. Assim**, os valores sociais** de grandes segmentos da sociedade brasileira contemporânea, como a violência social contra os mais pobres, especialmente contra mulheres negras, **podem ser observados pelo enunciatário-leitor a partir da correlação entre figuras que remetem a temas sugeridos pelo texto.**

REFERÊNCIAS

BARROS, D. L. P. Teoria semiótica do texto. São Paulo: Ática, 1990. EVARISTO, C. Olhos D'água. Rio de Janeiro: Pallas, 2016 FIORIN, J. L. Elementos de análise do discurso. São Paulo: Contexto, 1999. FIORIN, J. L. Em busca do sentido. Estudos discursivos. São Paulo: Contexto, 2008.

CAPÍTULO 10

A EDUCAÇÃO PÓS-PANDEMIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DESIGUALDADE EDUCACIONAL

Data de aceite: 01/12/2023

Erika Lemos de Oliveira Vasconcelos
Acadêmica do Curso de Direito/3° Semestre, Faculdade PRIME

Francisco Cavalcante de Vasconcelos
Acadêmico do Curso de Direito/3° Semestre, Faculdade PRIME

Maira Nunes Farias Portugal
Doutoranda em Desenvolvimento Local (2022). Mestre em Desenvolvimento Local da UCDB (2017). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Catalítica Dom Bosco - UCDB (2014). Especialista em Direito Ambiental com Ênfase em Regularização Ambiental e Licenciamento pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB(2011). Graduada em Direito pela Universidade Anhanguera Uniderp (2006). Advogada OAB/MS 12.055. Professora da UCDB do Curso de Direito, Ciências Contábeis e Administração, também nos Cursos de Pós-Graduação em Direito Ambiental, Gestão de Pessoas e Gestão Pública da UCDB Virtual. Atua como professora e advogada do Núcleo de Pratica Jurídica da UCDB/NUPRAJUR. Professora da Faculdade FAPRIME (2020). Membro do grupo de pesquisa Desenvolvimento, Meio-Ambiente e Sustentabilidade, cadastrado no CNPq

RESUMO: É consenso entre os pensadores e estudiosos das diversas áreas que a educação é o caminho para resolver os problemas sociais, dessa forma é pertinente parafrasear Sêneca: "*A educação exige os maiores cuidados, porque influi sobre toda a vida", disse Sêneca, filosofo e escritor que viveu durante o império romano (04 a.C. – 65).* Porém, diversos estudos evidenciam a problemática que os educandos da Escola Pública vinham enfrentando antes da pandemia. A crise sanitária e o consequente afastamento dos estudantes dos espaços escolares, acabou por concretizar e aumentar as desigualdades, impactando no direito à educação de qualidade. É preciso observar e mapear as dificuldades que "atrapalham" a retomada da aprendizagem intra escola, sendo necessário também que ao final da observação e estudo sejam apontadas propostas para estabelecer relações saudáveis e produtivas no ambiente escolar, vencendo assim as dificuldades que a COVID-19 acabaram por trazer agravamento. Os educandos afastados do ambiente escolar não vivenciaram as relações que a escola possibilita aos indivíduos. O afastamento interferiu e feriu o Princípio da Dignidade Humana. A coleta de dados ocorreu por meio de pesquisas

bibliográficas e documentais, com análise e observação in loco. Os resultados preliminares apontam para dificuldades no relacionamento no ambiente escolar, sendo que ocorrem das mais variadas formas. Diante dos Princípios resguardados ao indivíduo pela Constituição Federal, temos um estudo de que maneira a pandemia interferiu e ainda interfere no cotidiano escolar.
PALAVRAS-CHAVE: Pandemia Covid-19. Educação Pública. Relacionamentos. Direitos Fundamentais. Dignidade Humana.

POST-PANDEMIC EDUCATION: AN ANALYSIS FROM EDUCATIONAL INEQUALITY

ABSTRACT: It is a consensus among thinkers and scholars from different areas that education is the way to solve social problems, so it is pertinent to paraphrase Seneca: "Education requires the greatest care, because it influences all of life", said Seneca, philosopher and writer who lived during the Roman empire (04 BC - 65). However, several studies show the problem that students were facing before the pandemic. The health crisis and the consequent removal of students from school spaces ended up materializing and increasing inequalities, impacting the right to quality education. It is necessary to observe and map the difficulties that "hinder" the resumption of intra-school learning, and it is also necessary that, at the end of the observation and study, proposals are pointed out to establish healthy and productive relationships in the school environment, thus overcoming the difficulties that COVID-19 ended up causing aggravation. The students away from the school environment did not experience the relationships that the school makes possible for individuals. The removal interfered and violated the Principle of Human Dignity.

Data collection took place through bibliographic and documentary research, with on-site analysis and observation. Preliminary results point to difficulties in relationships in the school environment, which occur in the most varied ways. In view of the Principles protected to the individual by the Federal Constitution, we have a study of how the pandemic interfered and still interferes in school daily life.
KEYWORDS: Covid-19 pandemic. Education. Relationships. Fundamental rights. Human dignity.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu Artigo 205 apresenta a Educação como um direito e um dever, sendo essa responsabilidade compartilhada entre o Estado e família em prol de todos. Sendo um direito e dever compartilhado, ou seja, Estado e Sociedade juntos assumirão sua efetividade para que se torne um bem social, tornando-se fonte de cidadania e qualificação, vejamos:

> **Art. 205**. A **educação**, direito de todos e **dever** do **Estado e da família**, será promovida e incentivada com a colaboração da **sociedade,** visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (grifo nosso)

Nesse sentido, a preocupação com a condução do dia-a-dia no ambiente escolar é de grande relevância no momento do pós-pandemia de Covid-19 justificando-se no texto constitucional que trata dos direitos e deveres acerca da Educação. Resguardar o direito constitucional à Educação e mais ainda, a uma Educação de qualidade é de extrema relevância em qualquer tempo. No período que vivemos (pós-Covid-19) faz-se mais necessário ainda que Estado e Sociedade se reportem ao texto e busque mecanismos para implementar mudanças que tragam a efetividade que o legislador buscou deixar explícito no texto constitucional (Constituição Federal/1988), conforme:

> **Art 206.** O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
>
> **(.**..) VII – garantia de padrão de qualidade.

Os desafios na área educacional nesse período pós-COVID-19 deveriam tão somente ser acelerar os processos de ensino aprendizagem, no entanto, educadores e poder público precisam se debruçar sobre questões que envolvem relacionamentos, afetividade e emoções, entendendo que esses aspectos são componentes importantes e presentes no ambiente escolar e que influem de maneira significativa a aprendizagem. O contato entre todos os sujeitos que se relacionam no ambiente escolar sofreu mudanças de tal maneira que tem-se notícias de profissionais que ainda não conseguiram retornar ao ambiente de trabalho, sendo diagnosticados com enfermidades características de quem apresenta crises de pânico, depressão e ansiedade.

Ir além das questões formais, pedagógicas e tecnológicas é sobremaneira importante pois o contrário seria incorrer no risco de assumirmos um efeito extra ambiente escolar, considerando que todos os sujeitos que se relacionam dentro da escola, são sujeitos da sociedade e nela também se relacionam.

Para Durkheim, (2007) é dentro dos grupos sociais que prevalece a consciência coletiva, ou seja, o conjunto de crenças e sentimentos de uma mesma sociedade que serve para orientar a conduta de cada um de nós. Portanto os fenômenos individuais podem ser explicados a partir da coletividade.

Nessa perspectiva, o indivíduo que se relaciona no interior da escola é o mesmo sujeito que reflete em suas ações o movimento que envolve toda a sociedade e seus fenômenos, tornando assim de extrema importância que seja colocado sob criterioso estudo o cenário pós pandemia, na perspectiva dos sujeitos presentes na escola. Um fenômeno sanitário ocorrido em dimensão mundial, atingindo países e sociedades em grandes proporções, atinge o indivíduo de igual forma, fazendo com que o mesmo tenha seu comportamento, emoções, sentimentos e relações modificados pelo mesmo. O sujeito social é o mesmo sujeito-estudante e sujeito-profissional, que juntos, produzem aprendizagem e constroem saberes que contribuem com a sociedade "(...) visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho." (Art. 205 - Constituição Federal).

Ainda sobre os sujeitos atuantes no ambiente escolar, não devemos destinar maior atenção a este ou aquele grupo, e sim, acompanhá-los/observá-los e buscarmos referências na literatura específica com especial dedicação. Tal trabalho de pesquisa, deve se dedicar a entender as respostas que cada grupo está dando como devolutiva ao fenômeno pandemia mundial de Covid-19 e as características das respostas, caso não seja realizado dessa forma, corre-se o risco de alijarmos o estudo e nos debruçarmos apenas sob um aspeto do todo.

A fim de nortearmos esse estudo, far-se-á necessário nos apropriarmos das pesquisas de teóricos que se debruçaram sobre os fenômenos sociais, pensadores da Educação e a legislação relacionada. Não busca-se o esgotamento do tema, seria impossível, dedica-se, porém, abrir discussão e chamar estudiosos da atualidade da Educação para o envolvimento mais engajado nas ações que buscam socorrer a instituição Escola, percebendo esta ser de especial importância na construção da sociedade, nos mais diversos setores.

A CRISE DA EDUCAÇÃO BRASILEIRA

A educação está presente em todas as sociedades, seja de maneira formal ou informal. Desde seu nascimento, o indivíduo está exposto a educação, vivemos dentro da sociedade e ela se auto educa. Nesse sentido, sendo informal ou acadêmica, a educação sofre influência e influencia a sociedade. É impossível estudar a Educação de forma estanque, separada do momento histórico social.

É fundamental que a educação acadêmica ocorra, para que a sociedade se desenvolva. A evolução de uma sociedade está essencialmente ligada a evolução dos processos de aprendizagem e a especial atenção que se dá aos fenômenos que acontecem no ambiente escolar. *Segundo Gadotti (1999), a prática da educação é muito anterior ao pensamento pedagógico, que surge com a reflexão sobre a prática, pela necessidade de sistematizá-la e organizá-la, em função de determinados objetivos.* O pensamento pedagógico, nesse momento, ocupa especial protagonismo, uma vez que faz-se necessário lançar mão de todos os elementos que possam nortear a reflexão, no sentido de buscar respostas para vencer os desafios do momento pós-pandêmico.

Para Paulo Freire (1993), a educação como intervenção inspira mudanças radicais na sociedade, na economia, nas relações humanas e na busca de direitos, ou seja, uma sociedade sem educação, não evolui.

Nas três últimas décadas, a educação brasileira passou por grandes mudanças. A Carta Magna, a chamada Constituição Cidadã, promulgada em 5 de outubro de 1988, trouxe no seu texto, garantias e deveres. O texto constitucional “cuida da educação e do ensino de maneira especial com referência aos direitos, aos deveres, aos fins e aos princípios norteadores” (SANTOS, 1999, p.31).

Dentre as principais mudanças no âmbito educacional, Aranha (1996,p.223) destaca:

- Gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- Ensino fundamental obrigatório e gratuito;
- Atendimento em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos;
- Valorização dos profissionais de ensino, com planos de carreira para o magistério público.

Pós texto constitucional, houve também a elaboração de outros dispositivos legais que se destinaram a tratar de maneira mais especifica as questões que envolvem a educação. Cita-se:

- Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a Lei n° 9.394, promulgada em 20 de dezembro de 1996;
- Em 1996, o Governo Federal elaborou os Parâmetros Curriculares Nacionais;
- O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE/1968), mantém programas que se destinam a dar mais autonomia as escolas, resolver carências e possibilitar melhores condições de acesso e permanência do educando na escola. Alguns deles: Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE); Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE); Programa Nacional Biblioteca da Escola (PNBE); Programa Nacional do Livro Didático (PNLD); Programa Nacional do Livro Didático para o Ensino Médio (PNLEM); Programa Nacional do Livro Didático para Alfabetização de Jovens e Adultos (PNLA); e Programa Nacional de Transporte Escolar (PNTE), entre outros.
- Em 2005 foi aprovada a Lei n° 11.096 que institui o Programa Universidade para Todos (PROUNI);
- Fundeb, promulgada em 2007.
- PDE, em março de 2007, houve o lançamento do Programa de Desenvolvimento da Educação.

Todos os dispositivos legais elencados acima e outros que se destinam a situações mais específicas, se dedicam a trazer um amplo aporte jurídico, visando tornar efetivo as garantias e direitos que o texto constitucional de 1988 trouxe, em seu texto acerca da Educação.

Destarte não seria conveniente escrevermos sobre ausência de proteção ou de dispositivos legais para o ambiente escolar e seus agentes, e sim, devemos buscar o entendimento de que o momento exige eficácia no sentido de executar e fazer acontecer toda a proteção que o aparato legal visa garantir.

Em razão da Pandemia de Covid-19, os discursos se ocuparam, além da questão sanitária, também da Escola, seu fechamento, dos educadores e do impacto sofrido no desenvolvimento de jovens e adultos, mas especialmente se ocuparam, do desenvolvimento das crianças que estavam iniciando o ciclo do Ensino Fundamental I. Todavia, não podemos

acreditar que os problemas da Educação brasileira tiveram seu início em consequência dos problemas causados pela pandemia de Covid-19. Antes do período pandêmico, a educação no mundo já expressava uma grande crise. A educação pública brasileira evidenciava que o cenário mundial não era uma realidade distante, e sim, o Brasil também estava em crise no âmbito educacional.

A pesquisa do Banco Mundial (2020) revelou que a escola no Brasil não está aberta ao ingresso de todos os brasileiros em idade escolar, como preconiza o texto constitucional e, aos que conseguem acesso, os problemas não estavam resolvidos, havia a baixa qualidade do ensino oferecido. Os instrumentos utilizados para aferir o desenvolvimento dos educandos da Educação Básica são: SAEB (Sistema de Avaliação da Educação Básica) e Prova Brasil, que avaliam Língua Portuguesa e Matemática, instrumentos desenvolvidos para "fotografar" o ensino, cujos dados, são alarmantes. O foco das avaliações é a leitura/interpretação e resolução de problemas. Esses instrumentos revelam que os estudantes possuem sérias dificuldades em ler e entender uma história apropriada para sua idade e não conseguem realizar as quatro operações.

Enfim, no período pré-pandemia, no tocante a Educação, o Brasil já não mostrava um cenário dos melhores, apresentava déficits de aprendizagem e altas taxas de evasão. As dificuldades já tornavam o cenário escolar de sobremaneira desafiador para os envolvidos, a pandemia de Covid-19 agravou o cenário e pode tornar os impactos alarmantes.

Em todo esse contexto, as dificuldades na situação das escolas ganhou um novo elemento desafiador: a saúde mental/emocional dos educandos e educadores. Elemento esse que não pode ser ignorado, pois as garantias constitucionais, especialmente as descritas no Art. 5°, asseguram a liberdade, a segurança, a vida, entre outras.

> Constituição Federal - Art° 5. **Todos** são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade[...]". (grifo nosso).

Face ao exposto, é urgente que os poderes constituídos, sociedade, estudiosos da Educação e profissionais que atuam no sistema, se debrucem sobre as dificuldades e encontrem mecanismos para nortear a saída da crise em que se encontra a educação pública brasileira.

BREVE ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO BRASILEIRO

O que é princípio? Uma breve reflexão e nos vem à mente o início de algo, aquilo que vem antes, a causa, o começo e, um pouco mais elaborado, podemos chegar ao conceito de preceitos norteadores da conduta do ser humano e da sociedade.

Uma simples pesquisa, seja na rede mundial de computadores ou em dicionário físico, é possível encontrar um conceito do vocábulo *princípio*, sendo este significado, um

norte para iniciarmos a breve análise dos princípios norteadores do Direito Brasileiro. A significação do mesmo traz, de maneira geral, os princípios, como sendo um conjunto de normas ou padrões de conduta, a serem seguidos por uma pessoa ou instituição. A origem do termo se encontra no latim *principium,* sendo causa próxima, origem ou início. São pontos iniciais a serem considerados. Para entendermos e explicitarmos melhor a profundidade do termo, traremos duas citações para apoiar o viés que o texto pretende desenvolver nesse tópico.

No entendimento de Luís Roberto Barroso:

> (...) são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, com seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 147).

Segundo Miguel Reale:

> "Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validez de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários". (REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11° ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p 60).

Nesse sentido, é certo dizer que os princípios são valores implícitos ou explícitos na Carta Constitucional do Brasil, e que, é mais certo ainda afirmar que esses princípios orientam a aplicação do direito como um todo, sendo estes, aplicados em todas as áreas do direito.

Quando voltamos o olhar para os princípios constitucionais, é quase que inerente a pergunta acerca de quais são os mais importantes e onde são aplicáveis no Direito Brasileiro. Seria necessário um aprofundamento detalhado e ampla fundamentação filosófica/conceitual para ancorar um estudo mais apropriado sobre o tema.

Sinteticamente, citaremos alguns que se relacionam de forma direta ou indireta com nosso objeto de estudo.

Os princípios constitucionais aplicados ao Direito Constitucional presentes no art 1°, são: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político.

Os princípios constitucionais aplicados ao Direito Administrativo, previstos no art. 37 da Constituição Federal, são eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência.

Estão presentes ainda no texto constitucional os princípios aplicáveis ao Direito Processual, os princípios aplicáveis ao Direito Tributário, ao Direito Penal, à Seguridade Social.

Um tópico interessante e pertinente são os Princípios Sensíveis, sendo estes aqueles que infringidos ensejam a mais grave sanção que se pode impor a um Estado Membro da Federação: a intervenção, retirando-lhe a autonomia organizacional, que caracteriza a estrutura federativa. Estão elencados no art. 34, inciso VII, alíneas “a” até a “e”, da Constituição Federal.[1]

> Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
>
> (...)
>
> VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
>
> a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
>
> **b) direitos da pessoa humana;**
>
> c) autonomia municipal;
>
> d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;
>
> e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (grifo nosso).

Em suma, os princípios protegem valores considerados como imprescindíveis não apenas para a vida em sociedade como também para a própria sociedade, devendo eles irradiar por todas as normas do ordenamento. Dessa forma, devemos observar o que diz Manzato acerca dos princípios.

> Sobre os princípios (...) “agasalham valores e possuem uma ação irradiante sobre o sistema constitucional, como fundamento das regras e como elemento de ligação dos componentes do sistema. Podemos dizer que os princípios possuem uma textura aberta, capaz de absorver os valores mais caros existentes na sociedade e, por isso, escolhidos para serem preservados e disseminados por todo o ordenamento jurídico, iniciando-se pelo próprio sistema constitucional, ***habitat*** natural dos princípios.” (MANZATO, Maria Cristina Biazão. A constituição como sistema de princípios e regras. In. Revista de Direito Constitucional, vol. 52, p. 149, jul./2005).

Diante do arcabouço conceitual exposto, coloca-se de grande importância acolher o argumento que o direito a Educação é um direito social de todos descrito no Art. 6° da Constituição Federal, sendo esta não apenas o exercício da atividade, mas o seu oferecimento de forma pública e no seu aspecto mais importante, ser efetivada com qualidade.

1 https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2053178/o-que-se-entende-por-principios-sensiveis-na-constituicao-federal-rodrigo-marques-de-oliveira#:~:text=Princ%C3%ADpios%20sens%C3%ADveis%20s%C3%A3o%20aqueles%20que,a%20a%20e%2C%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal. (Acesso 20/11/2022).

Até o momento trabalhamos nesse item os princípios constitucionais que refletem, resguardam e abarcam o Direito Brasileiro. São regras que, embora não estejam escritas, servem como mandamentos que informam e dão apoio ao direito, utilizando-os como peça fundante e base para criação e integração das normas jurídicas, respaldados pelo ideal de justiça.

Então, o leitor pode estar se perguntando acerca dos princípios do próprio direito. São eles:

- Princípio do Devido Processo Legal;
- Princípio do Direito de Ação;
- Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa; e
- **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.**

Notemos que o princípio que diz respeito ao indivíduo se faz presente na Carta Constitucional e no Direito Brasileiro de forma implícita e explicita. A questão da dignidade da pessoa humana permeia toda discussão que ora levantamos acerca da educação pública pós-pandemia de Covid-19 e retorno das aulas presenciais. Reconhecer a dignidade da pessoa humana implica tomar o indivíduo como o que há de mais importante socialmente e não o tratar como mero elemento de um contexto.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é um conceito ancorado na filosofia que possui abstração e que determina o valor intrínseco da moral, da espiritualidade e da honra de todo indivíduo. O ser humano é protegido em seu valor independente da própria condição diante da situação circunstancial.

Com apoio de outra ciência e que possui relevante valor no conhecimento humano, a História, vamos entender as bases do Iluminismo para posteriormente compreender a influência desse movimento no princípio que ora nos dedicamos a discorrer.

O Iluminismo foi um movimento intelectual, filosófico e cultural que surgiu durante os séculos XVII e XVIII na Europa. Esse movimento pregava maior liberdade econômica e política, defendia o uso da razão em oposição ao antigo regime, o Absolutismo. Esse regime centrado na figura do rei, onde este se sustentava no luxo pago pelos impostos de classes inferiores. O nome Iluminista provém do fato de que seus defensores, filósofos e economistas se auto intitulavam propagadores da luz e do conhecimento. As ideias que se espalharam pela Europa nesse período promoveram mudanças no âmbito do campo político, econômico e social.

Trazer a luz da razão era a principal motivação para os pensadores iluministas que desejavam desvincular-se do poder da Igreja Católica e da monarquia absolutista, usando como instrumentos o uso da ciência e da razão, bem como praticar economia e política com

maior liberdade. No pensamento Iluminista o caminho para se chegar a Deus era a razão, dessa forma, embora questionassem o domínio religioso, não eram ateus.

Principais características do Iluminismo:

- A razão era considerada o fator primordial e legítimo para o alcance da verdade e do conhecimento;
- Avanço da ciência;
- Ignorava qualquer crença religiosa que fosse contrária à evidência científica;
- Oposição ao Mercantilismo, ao Absolutismo, as vantagens da igreja católica e da nobreza;
- Defesa de maior liberdade política e econômica (sem interferência do Estado);
- Alguns cientistas acreditavam que a natureza era capaz de explicar o comportamento da sociedade;
- Predomínio da burguesia;
- Deus está presente na natureza e no próprio homem;
- O questionamento das coisas e das verdades era valorizado, também era imprescindível realizar a investigação com o objetivo de ampliar o conhecimento sobre a política, economia e sociedade.

Os principais pensadores que influenciaram o Iluminismo foram:

- John Locke (1632-1704)
- Voltaire (1694-1778)
- Jean-Jacques Rousseau (1712-1778)
- Montesquieu (1689-1755)
- Denis Diderot (1713-1784)
- Adam Smith (1723-1790)

No Brasil, os ideais Iluministas chegaram no século XVIII. Estudantes brasileiros oriundos das classes mais altas da sociedade ao estudarem em universidades europeias entravam em contato com o pensamento nascente dos pensadores e retornavam ao Brasil, após os estudos, trazendo na bagagem acadêmica a influência dos pensadores. As divulgações desses pensamentos ocorriam especialmente nos centros urbanos.

O movimento em que mais pode ser notado a influência dos pensadores iluministas no Brasil foi a Inconfidência Mineira (1789), um dos movimentos mais importantes e de repercussão mais contundentes na história política brasileira. A luta pela liberdade tinha como foco a opressão do governo português durante o período colonial. O iluminismo e seus ideais chegou até os inconfidentes através dos estudantes que foram para Europa efervescente, com a influência dos pensamentos dos filósofos e pensadores.

Apesar dos inconfidentes não obterem sucesso em seu intento, os ideais iluministas conquistaram maior difusão entre as camadas da sociedade brasileira.

Dessa forma conseguimos completar o liame histórico para afirmar que os ideais iluministas foram de fundamental importância para a formação política do Brasil.

Retornemos ao tema Princípio da Dignidade Humana. Diante do contexto social na Europa, das características, dos pensadores, do movimento nascente no Brasil e a propagação das ideias do Século das Luzes, não há dúvidas em afirmar que esse princípio sofre influência contundente do pensamento Iluminista dos séculos XVII e XVIII.

O debate em torno desse princípio é algo constante e o faz um tema controverso. Se por um lado temos o seu nascimento histórico e suas bases bem definidas no período temporal, por outro lado, seu viés filosófico é tema de constantes debates. A abstração e a filosofia acabam por esvaziar sua aplicação prática e material. No direito, esse princípio possui status de ser o mais importante do ordenamento jurídico brasileiro, permeando toda a sua aplicação, fazendo dele objeto de amplas discussões.

Na Constituição Federal, o princípio da dignidade humana se encontra no artigo 1°, em seu inciso III:

> Art. 1° A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I – a soberania;
>
> II – a cidadania;
>
> **III – a dignidade da pessoa humana;**
>
> IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
>
> V – o pluralismo político. (grifo nosso)

Nesses termos, é importante ponderar que se esse princípio se coloca no texto constitucional em seu início, significa dizer que todas as outras legislações terão necessariamente que contemplar a dignidade da pessoa humana para sua efetivação.

Exemplificando o alinhamento das outras legislações à Carta Magna, descrevemos aqui o Art. 8° do Código de Processo Civil (2015):

> Art. 8° Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e **promovendo a dignidade da pessoa humana** e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. (grifo nosso).

Dessa forma, é possível observar que o princípio da dignidade humana tem grande importância no ordenamento jurídico e guarda em seu bojo a defesa social além da defesa do ser humano, sendo ele o fundamento do Estado Democrático de Direito (art 1°, III, CF) e garantias das necessidades vitais para o indivíduo.

Nas palavras de MORAES (2011, p.60), “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito das demais pessoas. ”

A dignidade da pessoa humana, presente em nossa Carta Magna, ultrapassa o conceito de princípio, sendo dessa forma um fundamento constitucional, servindo de guia para o ordenamento jurídico.

BREVE ANÁLISE DE ESTUDOS PRÁTICOS COM POSSÍVEL SOLUÇÃO

Para corroborar com os argumentos apresentados nesse trabalho, que se delineou de forma bibliográfica e através da observação nos dedicaremos a entender o cenário objeto de estudo e o resultado das pesquisas bibliográficas. A coleta de dados ocorreu em duas fases, a saber, em bibliografia específica e através da observação in loco. Os resultados apontam para dificuldades no relacionamento no ambiente escolar, sendo que ocorrem das mais variadas formas. Os profissionais que atuam em sala de aula, relatam crises de ansiedade, angústia, incerteza diante do futuro, desânimo com a retomada das aulas presenciais e estresse em altos níveis, o que compromete a qualidade do exercício da profissão. As escolas precisaram se adaptar ao estudo a distância, os educadores viveram dois momentos distintos e extremamente dependentes. Se por um lado o educador precisou estimular a aprendizagem do educando à distância, por outro, ele teve que confiar parte do protagonismo da nova situação aos pais, que por sua vez, se sentiram desconfortáveis com a nova missão, que exigiria deles saberes e estratégias pedagógicas que não lhes eram familiares. Devemos recordar que quando aconteceu o fechamento das unidades escolares, estávamos iniciando o ano letivo de 2020, contávamos com apenas duas semanas de aula, estava acontecendo a adaptação dos educandos, famílias e profissionais da escola adentravam à rotina escolar. Os educandos do 1° ao 5° ano (Fundamental 1) estavam iniciando a jornada do ano letivo, os profissionais ainda se dedicavam a organização dos espaços. A crise sanitária fechou de forma abrupta as unidades, exigindo uma nova organização, um novo fazer, um outro planejamento com vistas a vencer os novos desafios. Foi necessário sensibilizar os pais e explicar-lhes que o momento exigia uma nova postura de todos.

Os dois anos seguintes, 2020 e 2021 foram de afastamento do ambiente escolar. Na rede pública de ensino, os educandos estavam sendo orientados a distância pelos professores, com o valioso auxílio dos pais. Um novo elenco de conteúdo foi listado, mais enxuto, uma listagem que atendesse o momento e o novo contexto, apostilas foram elaboradas, aulas via internet foram gravadas, e outras, transmitidas on-line.

A incerteza do momento, tornou-se insegurança constante, agravada pelo difícil momento sanitário que o mundo presenciava. As unidades escolares se viram extremamente

fragilizadas e sem um parâmetro anterior que desse suporte ao tempo presente. Passado o período mais grave da pandemia, com a chegada das vacinas e a constante, podendo dizer até mesmo frenética contribuição da ciência para encontrar caminhos e soluções para a crise, começou-se a cogitar e planejar o retorno presencial às unidades escolares. Nesse momento, o cenário estava em constante modificação. Os educandos relatavam a necessidade do ambiente escolar. O emocional já tão abalado pelo cenário prolongado e difícil iria retornar para a convivência conjunta.

O retorno ocorreu de forma gradativa, semanas alternadas, sendo oferecida as famílias, inicialmente a opção de permanecerem on-line, caso não se sentissem seguras para compartilhar o ambiente com outros indivíduos que não pertencessem a própria bolha familiar.

A escola foi toda preparada, profissionais receberam equipamentos de segurança e orientações sobre os procedimentos de higiene pessoal e ambiental, etiqueta respiratória, acerca de aglomerações, etc. foram muitos os procedimentos para dar segurança a todos que dividem o espaço da escola, porém, haviam um outro elemento com o qual todos deveriam lidar, o emocional. A afetividade, tão presente no ensino de 1° ao 5° ano, já não poderia ser mais expressa com espontaneidade como antes, voltaram ao sistema presencial, mas não havia segurança para abraçar, falar perto, acolher de forma calorosa. O público infantil e os profissionais da educação passaram a sofrer com o distanciamento próximo, era um novo fazer, um novo jeito de ministrar aulas, um novo jeito de aprender. Devemos lembrar que a interação entre pares é fundamental para conhecer a si mesmo e o outro, sendo esse um espaço de construção da afetividade e criação de vínculos. Os conflitos se tornaram presentes, os relacionamentos estavam impactados, a dificuldade de concentração, a ansiedade e a angustia são relatos comuns entre educandos e educadores, todos impactados pelo isolamento e a perda de familiares e amigos. O Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) afirma que crianças, adolescentes e jovens poderão sentir o impacto da Covid-19 em sua saúde mental e bem-estar por muitos anos ainda.

Diante do observado e dos estudos pesquisados é coerente concluir que existe a necessidade de discutir o assunto em todas as esferas da educação, seja no âmbito administrativo, no pedagógico, no social e especialmente, no que tange ao emocional de todos os indivíduos envolvidos no ambiente escolar.

Relembrando os Princípios resguardados ao indivíduo pela Constituição Federal, a Dignidade Humana possui na origem, em um de seus aspectos, a saúde integral do ser humano, sendo assim, o emocional precisa de um ambiente saudável para que possa favorecer a troca e o crescimento individual e coletivo. O diálogo continuo, a aproximação com os educandos favorecendo que compartilhem seus sentimentos, suas aflições e pensamentos, são ações que irão permitir o acolhimento e a orientação para restabelecer um ambiente de confiança fazendo com que o aprendizado através da troca, da relação indivíduo-indivíduo e indivíduo-ambiente seja fator de crescimento e não de angústia e sofrimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Pandemia de COVID-19 que alterou significativamente a vida das pessoas no mundo. A educação não ficou imune aos efeitos da crise sanitária. Foi possível detectar mais claramente o abismo que separa os educandos das classes menos favorecidas, dos educandos que possuem melhor poder aquisitivo. O que já se tinha notícias, ou seja, a necessidade de se diminuir as diferenças, tornou-se caso de extrema urgência em se discutir e implementar ações para que os efeitos da crise sanitária fossem minimizados no ambiente escolar. A Constituição Cidadã resguarda o indivíduo e leis específicas protegem os mais frágeis da sociedade e preenchem as lacunas da lei maior.

O trabalho de recuperação é longo e árduo. Estudos em maior profundidade serão imprescindíveis para que os efeitos da pandemia sejam minimizados ao longo dos anos vindouros. As escolas públicas necessitam ser melhor aparelhadas, o educador precisa de apoio e segurança para desenvolver seu trabalho com qualidade em todos os aspectos inerentes ao ser humano e ao profissional.

O momento trouxe grandes dificuldades e exigiu muito mais do que se tinha para oferecer no sentido de solucionar as dificuldades que se apresentaram e se apresentam ainda hoje, porém um esforço dos vários segmentos que compõe a educação, pode encontrar caminhos para ajudar educandos e educadores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, **LDB**. 9394/1996. BRASIL.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 Jul 90.

DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE À PANDEMIA DO CORONAVÍRUS. https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11734/Direitos-fundamentais-frente-a-pandemia-do-coronavirus . Data de acesso 30/09/2022.

CAPÍTULO 11

ABORTO HUMANITÁRIO: O DIREITO À LIVRE ESCOLHA COMO FORMA DE ALCANÇAR O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Data de aceite: 01/12/2023

Angélica de Abreu Barbosa

RESUMO: O objetivo do presente estudo é apresentar um breve relato sobre os aspectos jurídicos e psicológicos do aborto induzido no Brasil, os impactos no acesso da mulher ao direito há interrupção sentimental em caso de violência sexual, configurando-se um problema quando mediante prevalência do estigma social sob a questão, a desconstrução do direito pode colocar em risco a vida, a integridade física e psicológica da mulher que necessita do aborto. Dentro desse contexto de negação a saúde da mulher, a legalização do aborto carrega uma carga de estigma muito forte, relacionando-se a um papel crítico, onde padrões culturais tradicionais condenam a interrupção da gravidez, tornando a questão atravancada ao acesso para o detentor de direito. Outro ponto relevante, é o direito de escolha ao aborto seguro em caso de estupro, quando negado ou impossibilitado estimula a abortos inseguros. Levando-se em consideração esse contexto, foi desenvolvida uma revisão sistemática para descrever sobre a importância da não violação ao direito legal ao aborto, discutindo sua descriminalização e, identificando os processos de assistência a vítima de abuso sexual, que mediante consentimento, quando incapaz, de seu responsável legal, optar por interromper a gestação. Tal estudo é feito abordando-se artigos, livros, *e-books*, analisando-se, *sites*, revistas eletrônicas, questões sobre a prática do aborto induzido para compreender as complexidades dos argumentos contra e a favor. Espera-se que o artigo contribua para compreensão a respeito da importância da proteção física e psíquica da vítima de abuso sexual, para prevenção contra sequelas emocionais e comportamentais, trazendo tratamento mais humano a mulher.

PALAVRAS-CHAVE: Mulher. Aborto Induzido. Violência Sexual. Estigma Social.

INTRODUÇÃO

A pesquisa em questão, impõe grandes desafios, pois têm como enfoque fazer um estudo acerca da problemática legal e social condenatória do aborto induzido no Brasil, especificamente diante de casos de violência sexual de meninas e mulheres, que vítimas de estupro têm uma gravidez indesejada como consequência, que pela complexidade e sentimentos optam pela interrupção da gestação.

Isso se agrava, pela criminalização da legalização do aborto, que através do endurecimento das regras por Projetos de Leis, Decretos, Normas, e consequente silenciamento humanitário e social a saúde, o direito legal ao consentimento de aborto em casos de estupro é violado, podendo ocasionar graves lesões a saúde da gestante, inclusive levando a morte, caso se socorra da realização do aborto na clandestinidade. Esse é o caso do Brasil, onde o aborto é permitido apenas nos casos de estupro, risco de vida para as mulheres e anencefalia fetal. A criminalização reforça as desigualdades sociais e aumenta a vulnerabilidade às suas complicações. (Menezes, Greice M. S. et al, 2020, p. 2).

Grandes são os desafios, em contextos de não apoiar ou descriminar a legalização do aborto no Brasil, a pesquisa sobre o tema é imprescindível por permitir apresentar informações relevantes de como a legislação brasileira sobre o aborto influência impactando de forma social, física, e psicológica na vida das mulheres vítimas de abuso sexual, além de promover debates acerca do aborto legal e clandestino, bem como um apanhado histórico da legislação brasileira.

Além disso, considerando as perspectivas da evolução da mulher como sujeito de direito, entender as reações emocionais, sintomas e riscos envolvidos na situação e no processo de decisão da cessação da gestação, visto que além de sofrer agressões sexuais, podem ter que passar pela transição judicial de decisão pela morte ou vida.do feto, ou embrião, torna-se questionável que ainda sejam punidas, pela autonomia e liberdade a respeito de seu corpo.

Diante do exposto, o presente artigo não tem o condão de apoiar ou descriminar o aborto no Brasil, e sim, foi desenvolvido com a finalidade de apresentar informações relevantes de como a legislação brasileira sobre o tema influência impactando de forma social, física, e psicológica na vida de meninas e mulheres vítimas de estupro.

Assim, o objetivo desta pesquisa é analisar o aborto sentimental no Brasil, de forma sucinta sua trajetória legal e social, abordando especificamente a análise das consequências da violência sexual de meninas e mulheres, que diante de uma gestação indesejada encontram obstáculos e dificuldades para realizar o aborto seguro. Para tanto, utilizou-se o método da revisão bibliografia reflexiva com o intuito de sinalizar a importância de um manejo adequado ao cuidado de quem busca interromper uma gravidez decorrente de estupro. E, por esta razão, compreender como se dá o preconceito contra a interrupção da gravidez nas hipóteses permitido por lei, a desinformação, não obstante se tratar de um direito, como isto afeta de forma negativa a vítima a ter uma vida digna e saudável diante da dor irreparável.

Dessa forma, o presente artigo foi distribuído em três capítulos. No segundo capítulo foi feito um breve apanhado das mudanças legislativas sobre aborto no Brasil. No terceiro capítulo discute-se o aborto sentimental e o direito de escolha, autonomia. No quarto capítulo, uma análise diante do estigma social do aborto, e consequentemente os traumas posteriores que acometem as vítimas.

SÍNTESE DAS MUDANÇAS LEGISLATIVAS SOBRE ABORTO NO BRASIL

Em resumo, no Brasil houve poucos avanços quanto a situação do aborto legal. Por se tratar de um tema, que quando colocado em pauta reabre o discurso sobre sua criminalização, consideravelmente quando se trata de vítimas de estupro, o procedimento de interrupção de gestação legal encontra impasses de implementação e fortalecimento de serviços de saúde para atendimento as vítimas de violência sexual.

Cumpre destacar, que o aborto no Brazil foi citado pela primeira vez no Código Criminal do Império, na Lei de dezembro de 1830 em seus artigos 199 e 200 (BRAZIL, 1830), em que, destaca que o condenado seria aquele que realizasse o procedimento de aborto, não a gestante. Todavia, com o advento do Código Penal da República dos Estados Unidos do Brazil em 1890, introduziu-se pela primeira vez na legislação penal brasileira, a criminalização da mulher que provocasse o aborto, transformando assim, em crime, a sua escolha em não querer levar adiante sua gestação (BRAZIL, 1890).

Nesse sentido, se deparar com sucessão de atos passiveis de punições mais duras que transformava em crime a escolha da mulher em não levar adiante uma gravidez indesejada, onde, permaneceu vigente o "Código Penal da República dos Estados Unidos do Brazil" até 1940, nos artigos 124 a 126 (BRAZIL, 1940), não há como deixar de enfatizar o momento, em que, a prática do aborto induzido passou a ser permitido legalmente, como a exceção da gestação decorrente de estupro, que assegurou o direito de meninas e mulheres ao consentimento de interrupção de uma gravidez indesejada.

Assim, a partir da década de 1940, para os casos de abuso sexual e de risco a saúde da mulher, o aborto passou a ser despenalizado no Brasil, conforme preconiza o artigo 128, incisos I, II, do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940, no qual, discorre o seguinte: "Não se pune o aborto praticado por médico: [...]" (BRASIL, 1940, p. 27).

Essas mudanças resultaram em 1999 a primeira normativa organizando políticas públicas, cujo objetivo seria informar vítimas de estupro sobre o direito ao aborto, sendo tal norma revogada pela Lei n.º 17.430 de 14 de outubro de 2021, proteção e defesa do usuário do serviço público do Estado de São Paulo (BRASIL, 2021).

É importante destacar, que até os dias atuais, obter informações sobre quando um aborto pode ser considerado necessário ainda é muito restrito e polêmico na sociedade em geral, como entre profissionais de saúde. No Brasil, admite-se as seguintes espécies de aborto legal: O necessário ou terapêutico; o moral (sentimental, humanitário ou piedoso); o eugenésico ou eugênico; e o social.

Cumpre ainda salientar, que embora existam projetos de lei na Câmara e no Senado sobre o aborto, no sentido de dificultar a interrupção da gravidez, como o Projeto de Lei n.º 478, de 2007, que dispõe sobre o "Estatuto do Nascituro" (BRASIL, 2007); Projeto de Lei n.º 891/2015, que estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências (BRASIL, 2015); Projeto de Emenda à Constituição

n.º 181, de 2015, alterado, em 2017, para incluir na Constituição Federal do Brasil a ideia de que a vida deve ser respeitada desde a concepção, tal mudança seria no inciso 3.º, artigo 1.º da CF, com o acréscimo da frase: "a dignidade da pessoa humana desde sua concepção" (BRASIL, 2015), e no artigo 5.º, "a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção" (FERRO, RODRIGUEZ, 2018), e o recente Projeto de Lei n.º 5435, de 2020, popularmente conhecido como "bolsa estupro", que propôs um auxílio financeiro para o seguimento de gestações decorrentes de estupro (BRASIL, 2020). De forma contraditória a saúde materna, esse retrocesso legal aos direitos das mulheres levaria a um maior índice de mortalidade materna pela prática de aborto clandestino.

Quanto para "descriminalizar" a prática do aborto legal ou necessário, pouco mudou nas últimas décadas. A falta de políticas públicas e outros mecanismos que garantam os direitos de meninas e mulheres grávidas vítimas de estupro, onde há risco para a mãe, é latente. No entanto, em relação à autonomia e a autodeterminação das mulheres, a total desrespeito, pois se tenta imputar culpa e responsabilidade às vítimas de estupro, um verdadeiro agravo aos direitos humanos.

Conforme já descrito, no Código Penal do Brasil está presente as possibilidades de despenalizar o Aborto em algumas circunstâncias, sendo recentemente aprovado no ano de 2012, o direito também ao aborto em caso de fetos anencéfalos, conforme decisão do Supremo Tribunal de Justiça (STF). Assim, porque restringir-se a possibilidade a saúde materna, uma vez que a criminalização do aborto, leva a desconstrução da tranquilidade de realização de procedimentos sem ocorrência de risco de morte as vítimas de estupro.

É importante salientar, que este artigo visa descrever sobre as dificuldades ao acesso de direitos já conquistados por meninas e mulheres de interromper a gestação na forma permitida por lei, qual seja: Quando a gravidez é decorrente de estupro. Frise-se, que o aborto legal, consoante a cartilha distribuída pelo Ministério da Saúde (MS, 2022), não existe, conforme abaixo descrito:

> Não existe aborto 'legal' como é costumeiramente citado, inclusive em textos técnicos. O que existe é o aborto com excludente de ilicitude. Todo aborto é um crime, mas quando comprovadas as situações de excludente de ilicitude após investigação policial, ele deixa de ser punido. (MS, 2022, p. 14).

Nesse sentido, segundo a cartilha do Ministério da Saúde (2022, p.7), elaborada pela atual gestão governamental, o discurso em torno do aborto não deve "ser pautada por causas ideológicas nem tentar inflar números para subsidiar ações políticas", ainda complementa: "É importante ressaltar que as condições que realmente colocam em risco a vida da mulher que justifiquem um aborto são poucas, não cabendo um alargamento sem motivos técnicos" (MS, 2022, p. 15).

São questões sociais polêmicas, de cunho conservador, desinformado e burocrático, que inibem acesso, embarreira, e ameaça à saúde sexual e reprodutiva das vítimas de estupro, que diante de direitos adquiridos por lei, encontram dificuldades para fazer

o procedimento em hospitais. A plenitude do exercício legal ao abortamento não é uma realidade no Brasil. Assim, vítimas são submetidas ao drama da insegurança do “fenômeno social” complexo que conduz para clandestinidade da interrupção de uma gestação indesejada.

Sem haver unanimidade de opiniões, e sem defender neste artigo, lados a respeito da sexualidade feminina e da conduta da prática abortiva, criminalizar não evita o aborto. Daí, lidar com permissão de interromper a gestação em casos extremos, para preservar a vida e a dignidade da pessoa, em se tratando de vítima de estupro menor ou maior de idade que carrega em seu corpo essa gestação resultante de um ato sexual não consentido, mediante violência ou grave ameaça, se justifica a descriminalizar o direito da vítima em tomar a decisão que achar melhor com relação ao seu corpo, a sua vida.

ABORTO SENTIMENTAL E A AUTONOMIA DA ESCOLHA

Questões relacionadas ao aborto são provavelmente muito significantes, principalmente quando se analisa a posição do Brasil como signatário de tratados internacionais de direitos humanos, pois, está obrigado a garantir a concretização dos direitos fundamentais das mulheres em situações amparadas por lei, como a assistência médica pública e segura, por meio de políticas públicas que atendam, meninas e mulheres grávidas, vítimas ou não de violência sexual, garantindo e preservando os seus direitos a uma vida digna e saudável.

Nesse panorama, surgi o direito ao aborto sentimental previsto no Código Penal em seu artigo 128, inciso II (VADE MECUM, 2022), procedimento abortivo realizado quando a vítima é ofendida em sua honra. Ocorre que, liberar-se de uma maternidade requer autodeterminação reprodutiva que consiste em ter direito à autonomia, à liberdade, à segurança, à privacidade, à integridade física e psicológica dessas gestantes.

No entanto, falar sobre dar importância aos sentimentos da mulher violentada que carrega em seu corpo uma gestação indesejada, fruto de um ato criminoso “estupro”, é um tema polêmico, que cercado de discriminação, preconceitos, e estigmas sociais, tende a mobilizar discursos mais amplos sobre o assunto, com julgamentos e condenações ao gênero do que amor à vida.

É de se ressaltar, que a mobilização “pro-vida” e “pro-escolha”, passou a ser discutida nas redes sociais, com argumentos de quem defende a legalização do aborto e de quem é contra a prática. Porém, quando tratamos de crime de estupro estamos diante de uma violência física e psíquica, que viola ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, ao conceituar a dignidade da pessoa humana Ingo Wolfgang Sarlet, (2007) preceitua:

> [...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um

> complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2007, p. 62)

No entanto, vale ressaltar que apesar de o Brasil ser um país laico, interação e compartilhamento de informações em redes sociais sobre aborto, traz a influência religiosa muito grande e, consequentemente na legislação, em levar adiante a descriminalização.

Note-se que, diante do fato atípico de escolha, regado por violência e ódio social contra mulheres, que vítimas de estupro, diante de uma gravidez indesejada não pretendem dar continuidade à gestação, deveria a autonomia da vontade depender apenas do consentimento válido da vítima.

É nesse sentido, que mesmo sendo um direito esculpido em lei o “aborto sentimental”, não sendo as vítimas acolhidas com respeito, generosidade e empatia, por consequência muitas abortam clandestinamente, em más condições higiênicas e de cuidados, podendo levar a gestante a morte.

Diante disso, fora criada a Lei n.º 12.015/2009 “Dos Crimes Contra a Dignidade Humana”, Título VI do Código Penal (BRASIL, 2009, p.1), que altera a nomenclatura dos crimes tipificados “contra os costumes” para “contra a dignidade sexual”, com o intuito de adequar às práticas previstas a atual realidade da sociedade brasileira. Assim, qualquer, atos libidinosos praticados contra a vontade de outrem mediante uso de violência ou grave ameaça serão caracterizados como crime de estupro, não importante se houve conjunção carnal ou se o sujeito passivo é a mulher.

Desse modo, é fundamental que se compreenda a diferença de ser contra a vertente “pro-vida” e/ou contra a vertente “pro-escolha”, pois não se trata de legalizar um novo método contraceptivo, e sim, de um direito livre de escolha, observadas as peculiaridades do caso de ter a gestação interrompida ou não, sem interferências.

Proibir o aborto em caso de gravidez oriunda do estupro, em tese decisão permitida pelo nosso ordenamento jurídico pátrio, é permear contra as vítimas valores e crenças que não diminuem o conflito existente nessa decisão, que cercado de silenciamento, preconceitos, visão do mundo, despreparo no âmbito social, profissional da justiça e saúde, costumam condenar a gestante a imposição de necessidade de autorização judicial, boletim de ocorrência, entre outros requisitos, para o atendimento e/ou realização do procedimento na forma segura.

O que permiti vislumbrar, que a letra da lei não faz nenhuma menção a necessidade de requisitos específicos para a prática de aborto induzido, apenas que o aborto praticado por médico em situação de gravidez oriunda de estupro não será punido.

Dessa forma, muito embora esse tratamento severo contra quem atenta a dignidade sexual da pessoa humana, faz se necessário uma análise, pois, confundir o papel de

cuidado a saúde, de modo a negar ou dificultar a vida da gestante que sofreu agravos físicos e psíquicos decorrentes de estupro, feri o princípio da autonomia da pessoa, previsto na Constituição Federal do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), e pode ocasionar severos danos pela dificuldade ao acesso a um abortamento seguro, e de forma desejada e voluntária pela gestante.

Nesse cenário, que envolvem crimes de violência sexual contra mulheres, jovens e crianças, não estando o tema aborto livre de convicções pessoais, religiosas, costumes, tradições, preconceitos, entre outros, mesmo sob o enfoque da legislação brasileira, registre-se a importância da denúncia do crime de estupro pela vítima. No entanto, segundo Ângela (2018) "[...] isso acaba criando ainda mais obstáculos para o acesso ao aborto legal, na medida em que gera insegurança nos profissionais e afasta as mulheres dos serviços de saúde" (RUSCHEL, 2018, p. 3).

Todavia, é notório que diante do medo, julgamento social e vergonha, muitas vítimas de abuso sexual desconhecem ou são mal informadas sobre o direito a serviços de aborto legal em hospitais públicos, sendo constrangidas, a percorrer verdadeira "*via crucis"* para receber o atendimento adequado e poder de forma segura realizar a interrupção da gravidez.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS, 2022), anualmente, 39 mil mulheres morrem e milhões são hospitalizadas com complicações causadas por abortos inseguros. A agência destaca que esses abortos ocorrem em países em desenvolvimento, a maioria com legislações restritivas. Também pode haver obstáculos como criminalização, tempos de espera obrigatórios, exigência de aprovação por outras pessoas, como parceiros, membros da família ou instituições, além de limites sobre o período de gravidez em que um aborto pode ocorrer.

Estimativas mostram que o aborto é um evento frequente na vida das mulheres brasileiras. A Pesquisa Nacional de Aborto (PNA, 2016), demonstrou que 1 em cada 5 mulheres em idade reprodutiva já realizou pelo menos 1 aborto na sua vida. Considerando que grande parte dos abortos é ilegal, portanto, feito fora das condições plenas de atenção à saúde, isso permite dizer que as políticas brasileiras, inclusive as de saúde, tratam o aborto sob uma perspectiva religiosa e moral e respondem à questão com a criminalização e a repressão policial (DINIZ, et al, 2017).

Merece ser ressaltado, por fim, que criminalizar a escolha da mulher ou, quando incapaz, de seu representante legal, em querer prosseguir ou não com uma gestação aonde houve relações sexuais não permitidas, ou não desejadas, é oferecer uma proteção deficitária as vítimas de violência sexual, coerção, entre outros meios torpes, é o direito ir contra a dignidade da mulher, princípio da liberdade, direitos humanos.

É necessário em caso de aborto sentimental, conforme dispõe a Lei n.º 12.845 de 1.º de agosto de 2013, em seu artigo 1.º (BRASIL, 2013), "que haja atendimento emergencial, integral e multidisciplinar, e se for o caso, a vítima seja encaminhada aos serviços de assistência social, visando ao controle e ao tratamento dos agravos físicos e psíquicos

decorrentes do estupro”. Inibindo assim, a desconsideração ao desejo e capacidade da vítima, mas também a submissão a procedimentos clandestino e inseguros, principais causas de morte de meninas e mulheres ao abortar.

CONSEQUÊNCIAS DO ESTIGMA SOCIAL AO ABORTO SENTIMENTAL

Em sua definição, pode-se dizer que o processo de estigmatização social seria uma condição incerta de acesso ao poder em que a sociedade de forma infamante e estereotipada, rotula, descrimina, critica, exclui, rejeita, não aceita, desaprova, desvaloriza, e expõe as características do sujeito.

Segundo, Siqueira & Cardoso (2011) em “Estigma, deviance and social control: some conceptual issues, os autores Stafford & Scott (1986) apresentam o conceito de estigma como sinônimo de desvio – violação de normas - e sua prática como objeto do controle social.” (SIQUEIRA, CARDOSO, 2011, p. 100-101). Ocorre, que a legalização do aborto não significa ser a favor, nem se trata de estímulo a essa prática que carrega estigmas muito forte, porém, criminalizar é promover a sua prática de forma insegura.

O aborto acontece em todas as classes sociais, grupos raciais, níveis educacionais e em todas as grandes religiões do país, não havendo ponto seguro diante da inospitalidade a uma situação limite, e sob esse prisma, vemos o corpo e logo seus sujeitos, as vítimas que provocam o aborto, e passam a ser detentoras de forte estigmatização social.

Descriminalizar, é a direção para um tratamento mais humano as vítimas de estupro, em geral, vulneráveis, sozinhas, angustiadas, que sob experiência de estranhamento, desalojamento, possuem muita dificuldade em lidar com o diagnóstico da gravidez e apresentam sentimentos negativos em relação ao feto e ao próprio corpo, necessitando de apoio, aceitação.

Segundo Goffman (2004): “o normal e o estigmatizado não são pessoas, e sim perspectivas geradas em situações sociais durante os contatos mistos, por normas não cumpridas que provavelmente atuam sobre o encontro. Nesse sentido, seria o corpo um objeto-suporte em que a aparência física e social serve para representá-lo.” (GOFFMAN, 2004, p. 117).

Tais características, envolvem o que as pessoas fazem ou devem fazer, no que acreditam, ou o que são, tanto física ou socialmente, e precisar arcar com as consequências de uma situação em que carrega o feto-embrião de uma relação sexual forçada que presentifica o trauma, causa intenso sofrimento, agravando os sintomas psíquicos relativos à violência experienciada.

Criminalização formal ou informal com estigmatização social, no sentido de produzir sentimentos de “estado imoral”, não impede a prática de aborto, o que muda é acesso ou não a um aborto seguro. Tais tratamentos deveriam ser tratados de forma mais pragmática, sem atravessamentos de cunho moral, religioso, político, pois, a ocorrência de abortos não

depende de ser legalizado ou não, e poderia ser evitável, impactando na probabilidade da vítima morrer por aborto.

Por fim, refletir sobre a maneira pela qual a sociedade estigmatiza ao fenômeno do aborto sentimental no Brasil, não é algo simples de desconstrução, pois alcançar instâncias sociais para garantir o direito a interromper uma gestação indesejada, intimamente ligada ao corpo violentado, é dispor a olhar com cuidado, descriminalizando e ressignificando as vidas de pessoas com útero, que frente ao paradigma hegemônico da maternidade compulsória, vítimas de estupro são induzidas a permanecer gerando a criança com o intuito de doação. Assim, faz-se necessário, trazer à memória questões voltadas a humanização da saúde Pública.

CONCLUSÃO

De modo geral, há quem seja a favor do "pro-vida", há quem seja a favor do "pro-escolha". Falar na vivência do aborto, deveria ser uma perspectiva feminina, já que mesmo diante da ilegalidade atrelada a aspectos culturais, religiosos e legais, a pesquisa apontou ser fato, diariamente acontecer abortamentos no Brasil, dificultando o cálculo da sua magnitude.

Trazer o papel da mulher e sua autonomia, que desconstruído cultural e socialmente pela problemática do direito legal, para um centro de debate, é dar voz ao sujeito de modo a garantir a dignidade da pessoa humana que foi ferida por procedimento traumático do aborto induzido "sentimental".

A pesquisa foi positiva, pois contribuiu para aprofundar o estudo sobre flexibilização de valores e crenças sociais quando se está diante de casos de gravidez resultante de violência sexual, assim o aborto legal, enquanto uma possibilidade real e fática na vida de meninas e mulheres, mesmo socialmente considerado errado sob a égide da questão moral e religiosa. Não se trata de aceitação, mas enxergar e compreender o sofrimento da vítima, diante de uma gravidez indesejada proveniente de estupro.

É nesse cenário, direito de fazer nascer que impede de enxergar a questão da garantia a integridade física, moral e psicológica da mulher, que ao optar por interromper a gestação, é marginalizada, dificultando o processo mesmo quando guiado por procedimento médico que contribua para ser menos intenso para a gestante.

Aborto é um problema de saúde pública, e as mudanças sobre o tema precisam ser encaradas, para que, ao invés das barreiras da discriminação e do estigma, haja solidariedade, compreensão, empatia, serviços de saúde adequado, espaço de acolhimento que possa ajudar na promoção de mudanças com intuito de minimizar o índice de mortalidade de mulheres gravidas do Brasil, e atitudes éticas na esfera legal, médica, e social, a fim de minimizar e até a ressignificar formas mais consciente, segura e responsável de escolha pelo procedimento de abortamento.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Considerações sobre o crime de aborto no Brasil. 09/08/2018. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/consideracoes-sobre-o-crime-de-aborto-no-brasil. Acesso em: 15 de julho de 2022.

BRAZIL. LEI DE 16 DE DEZEMBRO 1830. Código Criminal do Império do Brazil Parte Primeira. Jan. 1831. Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 13 de julho de 2022.

BRASIL. DECRETO LEI Nº 2.848 DE 7 DE SETEMBRO DE 1940. Código Penal. Dez. 1940. Entrada em Vigor 1º de janeiro de 1942. Artigo 128. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 13 de julho de 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República: Centro Gráfico, 1988.

BRAZIL. DECRETO Nº 847 DE 11 DE OUTUBRO DE 1890. Código Penal. Out. 1890. Sessões do Governo Provisório. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 13 de julho de 2022.

BRASIL. LEI Nº 10.291, DE 07 DE ABRIL DE 1999 revogada pela LEI Nº 17.430, DE 14 DE OUTUBRO DE 2021. Proteção e defesa do usuário de serviço público do Estado de São Paulo e da outras providências. Out. 2021. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2021/lei-17430-14.10.2021.html. Acesso em: 13 de julho de 2022.

BRASIL. PROJETO DE LEI Nº 478, DE 2007. Câmara dos Deputados. Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B44CA223BCCF8AB5F77C5F7498D093A1.node2?codteor=447598&filename=Avulso+-PL+478/2007. Acesso em: 14 de julho de 2022.

BRASIL. LEI Nº 12.015, DE 2009. Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual. Pub. 2009. Disponível em: https://files.comunidades.net/profjorgeluiz/DOS_CRIMES_CONTRA_A_DIGNIDADE_SEXUAL__AULA_1.pdf. Acesso em: 27 de julho de 2022.

BRASIL. LEI Nº 12.845, DE 2013. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm. Acesso em: 18 de julho de 2022.

BRASIL. PROJETO DE LEI Nº 891, DE 2015. Câmara dos Deputados. Estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1105078. Acesso em: 14 de fevereiro de 2022.

BRASIL. PROJETO DE LEI Nº 5435, DE 2020. Senado. Estatuto da Gestante. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145760. Acesso em: 14 de julho de 2022.

BRASIL. LEI N.º 17.430, DE 2021. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Dispõe sobre proteção e defesa do usuário de serviço público do Estado de São Paulo e dá outras providências. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2021/lei-17430-14.10.2021.html. Acesso em: 14 de junho de 2022.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017. Disp. em: https://www.scielo.br/j/csc/a/8LRYdgSMzMW4SDDQ65zzFHx/. Acesso em: 10 de maio de 2022.

Entrelinhas. Reportagem Especial. Ano 2018. Direito ao aborto e o papel da psicologia. Edição nº 87. Disponível em: https://www.crprs.org.br/entrelinhas/116/reportagem-especial-direito-ao-aborto-e-o-papel-da-psicologia. Acesso em: 30 de junho de 2022.

FERRO, Clarice. RODRIGUEZ, Diogo A. POLITIZE! Poder Legislativo. FAQ: A PEC 181/2015 vai criminalizar o aborto? Publicado 22/01/2018. Disponível em: https://www.politize.com.br/pec-181-2015-perguntas-e-respostas/. Acesso em: 14 de julho de 2022

Goffman, E. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4º Edição. Mathias Lambert (Trad.). Digitalização 2004. Pub. Original: 1891.

GRUPO ABRIL. E Guia do Estudante. Aborto no Brasil: o que diz a lei e quais os debates em torno do tema. Disponível em: https://guiadoestudante.abril.com.br/atualidades/aborto-no-brasil-o-que-diz-a-lei-e-quais-os-debates-em-torno-do-tema/. Acesso em: 13 de julho de 2022.

Menezes, Greice M. S. et al. Aborto e saúde no Brasil: desafios para a pesquisa sobre o tema em um contexto de ilegalidade. Cadernos de Saúde Pública [online]. v. 36, n. Suppl 1 [Acessado 21 Julho 2022], e00197918. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00197918>. ISSN 1678-4464. https://doi.org/10.1590/0102-311X00197918.

MORAIS, Lorena R. Saúde da Mulher. A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher. Senatus, Brasília, v. 6, n. 1, p. 50-58, maio 2008. Disp.: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impacto.pdf?sequence=6#:~:text=b)%20eugen%C3%A9sico%20ou%20eug%C3%AAnico%3A%20%C3%A9,de%20dificuldades%20financeiras%2C%20prole%20numerosa. Acesso em: 15 de julho de 2022.

MS. Ministério da Saúde. Atenção técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2022/06/cartilha-aborto.pdf. Acesso em: 14 de julho de 2022.

OMS. Organização das Nações Unidas. OMS divulga diretrizes para melhorar segurança em abortos. 9 de março de 2022. Disponível em: https://news.un.org/pt/story/2022/03/1782252. Acesso em: 13 de julho de 2022.

RUSCHEL, Ângela. EntreLinhas nº 87. Direito ao aborto e o papel do psicólogo. Pág. 1-3. Disponível em https://drive.google.com/file/d/1lEbVDzM3VDV_rmpSMVHjK3ClTr9CLWe6/view. Acesso em: 15 de julho de 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.62.

SIQUEIRA, Ranyella de. CARDOSO, Hélio. O conceito de estigma como processo social: uma aproximação teórica a partir da literatura norte-americana. Aceptado: 05/12/2011. Pp. 92-113. História editorial. Imagonautas 2 (1) / 2011/ ISSN 07190166.

UNICEF. Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Artigo 19. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 14 de julho de 2022;

VADE MECUM. Online, (Ebook). Ano 2022. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Artigo 128, inciso II. Disponível em: https://www.meuvademecumonline.com.br/legislacao/codigos/3/codigo-penal-decreto-lei-n-2-848-de-7-de-dezembro-de-1940/artigo_128#:~:text=II%20%2D%20se%20a%20gravidez%20resulta,incapaz%2C%20de%20seu%20representante%20legal. Acesso em: 18 de junho de 2022.

CAPÍTULO 12

HINKELLAMERT, FRANZ J. CAPÍTULO 3 "O MARCO CATEGORIAL DO ATUAL PENSAMENTO NEOLIBERAL" DO LIVRO CRÍTICA DA RAZÃO UTÓPICA. TRAD. SILVIO SALEJ HIGGINS. SÃO PAULO: ARGOS, 2013, 414P[1]

Data de aceite: 01/12/2023

Francisco José Turra
Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Doutor em Administração pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pós-Doutor e Mestre em Controladoria e Finanças pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

O texto apresentado no Capítulo 3 "O marco categorial do atual pensamento neoliberal" do livro Crítica da razão utópica é proveito de uma análise, elaborada por Hinkellamert, do marco categorial neoliberal a partir da teoria de Friedrich Hayek, apoiada especialmente em sua conferência "A pretensão do conhecimento"[2], pronunciada quando recebeu o premio Nobel de Economia.

Hayek nasceu em Viena, Áustria, no ano de 1899 (morreu em 1992, com 93 anos), posteriormente naturalizado britânico em 1938. Foi um economista austríaco que se notabilizou pelas defesas a respeito do liberalismo econômico, e pelas suas teses a respeito do papel do governo na economia. Após a primeira guerra mundial, Hayek se tornou um defensor das ideias socialistas. Embora fosse um socialista moderado, que não defendia as revoluções armadas, ele era um grande entusiasta do controle do estado na economia. Contudo, influenciado principalmente pelas ideias do economista Ludwig von Mises, Hayek posteriormente veio a admitir a sua falha de pensamento e se tornou um grande defensor do liberalismo. Obteve doutorados da Universidade de Viena entre 1921 e 1923 em direto e em economia política.

Depois, passou a lecionar em diversas faculdades da Europa, dentre elas a renomada London School of Economics. Passou o maior tempo de sua carreira na London School of Economics (LSE), na Universidade de Chicago e na Universidade de Freiburg. A ideia principal do economista era de que a economia deveria funcionar

1 Publicado originalmente na Revista Pensamento Jurídico, v. 15, n. 2 (2021).
2 Edição brasileira: Hayek, Friedrich. A pretenção do conhecimento. Humanidades, Brasília: UnB, v. II, n.5, p. 47-54, out.-dez. 1983.

livremente e sem intervenções estatais. De acordo com ele, um planejador central (estado), mesmo que bem intencionado, estaria destinado ao fracasso.

Franz Josef Hinkelammert nasceu em Emsdetten, Alemanha, em 12 de janeiro de 1931. É um teólogo e economista, influente teórico da Teologia da Libertação e crítico do capitalismo, desde o ponto de vista teológico. Himkelammert acreditava que seria necessário repensar criticamente a teologia no contexto da globalização, pois o atual processo de globalização seria a absolutização da “lei do mercado total”, cuja lógica inexorável seria uma ameaça à própria vida. Nessa perspectiva a Teologia da Libertação deveria defender a “opção pela vida ameaçada” dos excluídos. A globalização estaria proporcionando um marco legal a um totalitarismo do mercado, com base na alegação de que «não há alternativas ao modelo», em detrimento dos direitos humanos.

Hinkelammert inicia sua análise com uma “introdução”, discorrendo sobre o pensamento liberal e o neoliberal. Afirma que o pensamento liberal original é a superação das sociedades anteriores. E que o pensamento liberal original, ainda que seja também um pensamento de legitimação da sociedade burguesa, dirige-se contra as sociedades pré-capitalistas. Legitima, portanto, a sociedade burguesa, deslegitimando a sociedade pré-capitalista, em especial a sociedade feudal dos séculos XV ao XVIII. Já, o pensamento neoliberal do século XX é um pensamento que busca evitar a superação da sociedade burguesa pela sociedade socialista. A sua legitimação da sociedade burguesa passa pela deslegitimação da sociedade socialista.

No primeiro ensaio **O mercado como realidade precária de partida: a impossibilidade de uma tendência ao equilíbrio**, Hinkelammert argumenta que ao orientar-se de forma específica à sociedade burguesa, o neoliberalismo determina esta realidade precária a partir da instituição burguesa central: *o mercado*. Que se trata de um pensamento de mercado, e o mercado é seu conceito empírico central. Que este mercado e entendido no marco de uma realidade precária. Que a economia de mercado está em perigo, e suas ameaças são as mesmas que identifica o pensamento conservador: o egoísmo e a estupidez. E que, a partir deste mercado ameaçado como conceito empírico central, o pensamento neoliberal elabora também seu marco categorial de forma polarizada.

Hinkelammert finaliza aqui afirmando que nesta elaboração aparecem conceitos-limite polarizados que são, novamente, por um lado, o caos, e, por outro, o mercado perfeito ou modelo de concorrência perfeita. Afirma ainda que de modo dogmático, o neoliberalismo sustenta que a afirmação das condições gerais do mercado termina aproximando este de sua idealização. E que trata-se de um circulo vicioso.

No segundo ensaio **A concorrência perfeita e os conceitos transcendentais**, Hinkelammert sustenta que aparece, porém, uma contradição adicional que já analisamos no caso do pensamento conservador. Que se trata da relação entre função social de legitimação e a plausibilidade perfeita de um conceito-limite - nesta ultima não é necessária outra legitimação diferente da simples presença do mundo social. Para ele, o conceito-limite

de plausibilidade implica a ausência da função social de legitimação. Que, por outro lado, a função social de legitimação existe porque a realidade é precária e, portanto, não consegue legitimar-se completamente pela sua própria presença. Entende que teoria formal do direito chega ao mesmo resultado: o processo social do direito pressupõe, para sua existência, que o direito não seja perfeitamente acatado. Um perfeito cumprimento do direito implica a inexistência do processo social e empírico do direito. Também neste caso, o conceito de cumprimento perfeito do direito diz o que não se pode, e, partir daí, descreve o marco de possibilidades do desenvolvimento do direito que se tem empiricamente.

Hinkelammert conclui aqui que há confusão no pensamento neoliberal: Sustenta tal tendência empírica em busca de um conceito-limite e transcendental (excedente, ultrapassa o limite). Diz que, ainda que Hayek perceba este caráter de conceito-limite da concorrência perfeita, não se dá conta deste caráter do conceito. E que, só assim pode continuar sustentando uma tendência empírica ao equilíbrio, cuja impossibilidade teria sido demonstrada mediante o reconhecimento do equilíbrio da concorrência como conceito transcendental.

No terceiro ensaio **A alternativa ao mercado: o socialismo como utopia**, Hinkelammert vai afirmar que Hayek emprega em sua crítica ao socialismo: é simultaneamente, uma sequência antiutópica e antissocialista. E que esta contém três etapas:

> 1. A utopia socialista é o projeto de uma sociedade sem relações mercantis. Esta teria que determinar os produtos que se elaboram, os fatores que se empregam e o abastecimento das pessoas sem recorrer ao mercado. Isso só é possível se pelo menos um individuo tem conhecimento perfeito do conjunto de todos os acontecimentos.
>
> 2. Não é possível que uma pessoa ou uma instituição possa ter um conhecimento perfeito que torne possível um planejamento em que se possa substituir o mercado em sua função de alocação de recursos.
>
> 3. O socialismo faz uma tentativa de efetuar um planejamento central capaz de substituir o mercado como esfera da alocação de recursos. Portanto, tenta o impossível. Ao tentar o impossível, o socialismo e irracional e produz caos, destruição e tirania.

Hinkelammert continua e diz que Hayek argumenta que para que o socialismo seja possível teria que poder calcular positivamente o equilíbrio descrito pela teoria da concorrência perfeita; porém, como não pode e, apesar disso, tenta fazê-lo, o socialismo conduz a irracionalidade econômica, ao caos e a destruição. E que, a tentativa do socialismo leva a concentração do poder em uma mão, e este poder concentrado e tirânico porque não pode ser racionalmente empregado. Ainda que o planejamento socialista acumule poder, não tem forma racional de empregá-lo e, portanto, suas decisões são necessariamente

irracionais e arbitrarias. Von Mises fala, em relação ao socialismo, de um “caos ordenado”[3].

Hinkelammert continua e diz que a partir da sequência antiutópica mencionada, Hayek tem agora um modelo de ação que tenta explicar a passagem da utopia ao caos, algo que a análise conservadora de Berger somente podia anunciar sem explicá-lo. E que o utópico é o antimercantil e, como tal, é o impossivel assim como o motivo aparentemente humano que conduz ao caminho da desumanidade total. E que é a desumanidade camuflada como humanidade, como diz o titulo de um livro de Hayek, é o “caminho a servidão”[4].

Hinkelammert vai além e pondera que para Hayek, efetivamente, o problema não é a concentração de poder, mas a incapacidade do poder concentrado de atuar segundo critérios racionais.

No quarto ensaio **A inconsistência da teoria geral do equilíbrio: o salário de subsistência**, Hinkelammert aponta que na derivação do marco teórico-categorial da economia neoclássica, aparecem duas proposições que são chaves para a avaliação crítica de seus resultados:

> 1) Derivar exclusivamente o equilíbrio econômico geral a partir de indicadores mercantis. Isto implica que este equilíbrio geral está descrito, unicamente, em preços relativos, o que permite reduzir a descrição do equilíbrio a estes indicadores mercantis.
>
> 2) Sustentar que uma justiça social, enfrentada às leis do mercado, não pode ser realizada racionalmente, a menos que seja feita nos termos de um planejamento total que prescinde dos indicadores mercantis. Ao ser impossível o conhecimento perfeito correspondente, chega-se a conclusão de que a realização da justiça social é impossível e utópica, de tal forma que não existe outra alternativa racional da organização da economia que não seja o mercado total.

Hinkelammert vai dizer que essas duas teses estão conectadas entre si e conformam as teses-chave do pensamento neoliberal. E que, temos que ver agora seu grau de validade, a começar pela critica da redução do equilíbrio geral a um equilíbrio exclusivamente de indicadores mercantis.

Hinkelammert afirma aqui que chegamos, assim, ao resultado seguinte: se, na teoria geral do equilíbrio neoclássica, introduzimos a necessidade da subsistência humana e, por derivação, da natureza exterior, esta teoria deixa de ser consistente e torna-se contraditória. E que, entretanto, qualquer pronunciamento realista sobre a economia deve considerar tais elementos. Assim, ao tomar, portanto, a teoria do equilíbrio como uma teoria da economia real, ela é inconsistente e deixa de ser válida como tal. Ele continua, ao afirmar que não falta somente uma tendência do mercado ao equilíbrio pelo fato da solução sucessiva de um sistema de equações lineares em mudança constante, mas também o próprio equilíbrio não é consistente e, então, não existe. E que, assim, o mercado não tem uma tendência ao equilíbrio nem um conceito-limite consistente desse mesmo equilíbrio.

3 VON MISES, Ludwig. Bureaucracy. New Have: Yale University Press, 1946.
4 HAYEK, Friedrich. O Caminho para a Servidão. Lisboa: Edições 70, 2009.

No quinto ensaio **A inconsistência da teoria geral do equilíbrio: o pressuposto do conhecimento perfeito**, Hinkelammert vai expor que até agora tínhamos tratado a teoria geral do equilíbrio como se fosse formalmente consistente, perdendo sua consistência somente quando se considerava a impossibilidade de conservar o pressuposto da variabilidade ilimitada dos salários. E que, embora ainda que não se considere este ponto e se aceite o pressuposto já mencionado da variabilidade, o sistema de equações lineares da teoria do equilíbrio contém outra inconsistência a partir de sua formulação puramente formal, algo que Oskar Morgenstern analisou pela primeira vez.

Hinkelammert prossegue, e diz que a previsão perfeita não permite um equilíbrio entre concorrentes. Portanto, Morgenstern conclui "que o pressuposto da previsão perfeita sai do marco da teoria"[5]. Para ele, esta argumentação de Morgenstern demonstra que é falsa a afirmação de Hayek de que "se conhecêssemos todos os parâmetros dessas equações (da teoria geral do equilíbrio), poderíamos calcular os preços e quantidades de todas as mercadorias e serviços vendidos"[6]. Se conhecêssemos tudo, teríamos a paralisação total e nenhum dado determinado.

Hinkelammert infere aqui que, para ter uma formulação consistente do equilíbrio econômico, temos que passar a análise de equilíbrio planejado. Assim, o paradoxo de Morgenstern demonstra que um equilíbrio concorrencial não pode ser pensado consistentemente. Demonstra igualmente - por derivação - que o único equilíbrio que pode ser pensado de forma consistente é o equilíbrio planejado.

No sexto ensaio **A ética do mercado: o mercado milagroso, a humildade e o orgulho**, Hinkelammert declara que em termos éticos, Hayek formula agora a polarização entre a aceitação do mercado, como âmbito automático do equilíbrio, e a sedução utópica da justiça social, como se fosse uma luta entre humildade e orgulho. Que toda sua análise da sequência antiutópica é, de fato, uma preparação desta acusação de orgulho contra os socialistas. E que o método para a constituição desta ética do mercado, a partir da teoria econômica, é a transformação do mercado em um ser milagroso, uma entidade que representa no mundo aquela força onisciente que só o utopista pretende deter**.**

Hinkelammert vai dizer que para Hayek, o milagre consiste em que, no caso de escassez de uma matéria-prima, dezenas de milhares de seres humanos podem ser levados a poupar este material e seus produtos, cuja identidade poder-se-ia estabelecer somente em pesquisas de longos meses, sem que sejam dadas quaisquer ordens e sem que apenas um pequeno grupo conheça as causas. Isso é suficientemente milagroso. Na visão neoliberal, *o ser humano é livre tanto quanto os preços são livres*. A libertação do ser humano é consequência e também subproduto da liberação de preços. Ao liberar os preços o ser humano e libertado. Desta forma, é negada qualquer liberdade humana anterior às

5 HAYEK, Friedrich. La pretensión del conocimiento. In_____. Inflación o pleno empleo? Madrid: Unión Editorial, 1976, p. 19.
6 HAYEK, Friedrich. La pretensión del conocimiento. In_____. Inflación o pleno empleo? Madrid: Unión Editorial, 1976, p. 19.

relações mercantis ou anterior ao mercado. Portanto, é negado também qualquer exercício da liberdade a medida que este possa entrar em conflito com as leis do mercado. Liberdade é mercado, e não pode haver intervenção estatal no mercado em nome da liberdade. Liberdade é submissão do ser humano as leis do mercado, e não se reconhece nenhum direito humano que não se derive de uma posição no mercado. Os direitos humanos se esgotam no direito de propriedade. Assim é a mística das relações mercantis.

Hinkelammert interpreta que as virtudes do mercado corresponde a liberdade dos seres humanos e, como prêmio da história, o milagre econômico. Aos pecados contra o mercado corresponde o tratamento como pupilos do Estado e reféns; e como castigo, o caos. Porém, tanto as virtudes como os pecados são pagos nesta vida. As virtudes pelo milagre econômico e os pecados pelo caos, o desemprego, o empobrecimento, o subdesenvolvimento, etc. Ali cabem arrependimentos e retificações, mas, no juízo final, ninguém escapa: História mundial, Juízo final. Em termos neoliberais se transforma assim: Mercado mundial, Juízo final. E em termos do anarcocapitalismo que expressa bem a perspectiva totalitária do neoliberalismo: Mercado total, Juízo final.

No sétimo ensaio **A aproximação ao equilíbrio: anti-intervencionismo**, Hinkelammert pretexta que, dada essa moral básica da humildade e do orgulho, a ideologia neoliberal constrói seu conceito de aproximação temporal ao equilíbrio. A partir da nova crise econômica mundial dos anos 60 termina o auge econômico que tinham vivido os países capitalistas do centro com posterioridade a segunda guerra mundial. Tal fato foi mais notório com a crise do petróleo a partir de 1973. E o neoliberalismo surge como uma resposta ideológica a esta crise econômica.

Hinkelammert diz que o neoliberalismo surge como uma resposta ideológica a esta crise economica. Apesar de ser uma crise comparável a outras crises anteriores do sistema capitalista mundial, esta resposta ideológica é diferente a muitas anteriores. Crises mundiais desta profundidade e duração já houve varias, em especial nos anos 30 do seculo XX e nos anos 30-40 e 70-80 do século XIX.

Hinkelammert coloca que na crise mundial a partir dos anos 70 do século XX, a resposta ideológica volta a ser uma ideologia empresarial extremista que se parece muito ao *manchesterianismo* do século XIX, repetindo até certo ponto os esquemas teóricos daquele. Em relação à crise dos anos 30, a ideologia de hoje é nova e significa uma ruptura. Entrementes, em relação à história das crises capitalistas, esta nova ideologia do *chicaganismo* é uma replica do velho *manchesterianismo*. O *neoliberalismo* é o *chicaganismo*.

Hinkelammert continua aqui sua arumentação e afirma que agora, o neoliberalismo simplesmente inverte tal tese e sustenta, contra todas as evidências empíricas, que é justamente o intervencionismo estatal a própria causa da crise. Por meio de uma virada sofisticada muito audaz, declaram-se as tentativas de evitar as crises e superá-las como sendo a própria causa destas crises. Surge assim uma alternativa burguesa nitidamente

empresarial de um capitalismo radical. A empresa capitalista reivindica o mundo como espaço livre para suas ações. O capitalismo radical é um romantismo em nome do capitalismo inicial, um regresso às origens. Este anti-intervencionismo precisa, para ser possível, de uma alta concentração de poder no Estado. Para poder destruir o Estado intervencionista, é preciso um novo e maior poder estatal que seja capaz de calar as reivindicações que visam intervenções estatais.

De acordo com Hinkelammert, ao diminuir, portanto, as intervenções no campo econômico e social, aumentam em maior proporção as atividades repressivas estatais, as despesas com policia e exército. A repressão policial liberta; as despesas sociais escravizam: esse e o lema do novo Estado anti-intervencionista, que é, em muitas partes, simplesmente um Estado policial. Neste contexto, Hayek considera inevitável a existência de poderes absolutos: “Poderes absolutos que deveriam ser exercidos, efetivamente, para evitar e limitar todo poder absoluto no futuro.”[7]

No oitavo ensaio **A aproximação ao equilíbrio: os sindicatos e as despesas sociais do governo**, Hinkelammert arrazoa que nesta visão neoliberal do anti-intervencionismo, aparece uma nova concepção da aproximação ao equilíbrio econômico que substitui a aproximação à concorrência perfeita dos liberais neoclássicos. Aparece como principal elemento da aproximação ao equilíbrio econômico aquilo que Hayek denomina “regras gerais de conduta”. O núcleo dessas regras é a orientação pela maximização dos lucros à partir do reconhecimento irrestrito da propriedade privada e do cumprimento dos contratos estritamente individuais.

Assim, a consigna antimonopólica busca assegurar que, de forma efetiva, empresas e indivíduos façam contratos entre si sem nenhuma ingerência “externa”.

Para Hinkelammert, nessa perspectiva, o monopólio é duradouro sómente se o Estado o sustenta. Uma politica antimonopólica é ineficaz e também danosa. O mercado é quem dissolve os monopólios pela sua própria dinâmica. Os sindicatos, são monopólios da oferta de mão de obra que contam com o reconhecimento e a proteção estatais. É preciso garantir a liberdade de contratos no mercado de trabalho.

De acordo com Hinkelammert, o neoliberalismo, em consequência, se pronuncia contra a cartelização das indústrias e da oferta de mão de obra. Friedman diz que os sindicatos operários funcionam como “empresas que oferecem os serviços de cartelizar uma indústria”. Desta forma, os sindicatos passam a ser a principal ameaça contra a liberdade de mercados. Entre as indústrias a concorrência é como se fosse perfeita, mas entre os operários não. Portanto, há desemprego e desequilíbrio no mercado de trabalho. O salário aparece como preço de concorrência.

Hinkelammert ainda afirma assim que pede-se a realização de todas as atividades pelo mercado. Primeiro, naturalmente, as atividades econômicas. Friedman faz uma lista das intervenções que devem desaparecer: “ [...] os programas agrícolas, benefícios

7 HAYEK, Friedrich. Entrevista. Santiago: Jornal El Mercurio, 12 abr. 1981.

gerais para os idosos, leis do salário mínimo, legislação em favor dos sindicatos, alíquotas, regulamentos para concessão de licenças nos ofícios e nas profissões, e assim sucessivamente, no que parece não ter fim.”[8]

No nono ensaio **A aproximação ao equilíbrio: o anarcocapitalismo**, Hinkelammert contende que o que parece não ter fim é, ao mesmo tempo, a meta da aproximação neoliberal ao equilíbrio e a submissão de todas as funções sociais - e não somente as econômicas - ao critério de maximização dos lucros por parte das empresas privadas. Nesta linha, aparece o autodenominado capitalismo radical, em nome do qual se pretende entregar todas as funções públicas a empresa privada. O capitalismo radical enfoca agora o que ele chama de abolição do Estado e reivindica a tradição do anarquismo.

Para Hinkelammert essa anarquia do capitalismo radical deseja instalar o poder absoluto do capital, inclusive por cima das funções estatais. O anarquismo capitalista agora quer privatizar a polícia, e acredita ter abolido o Estado enquanto o privatiza. Esta união de anarquismo e capitalismo é mais plausível que o anarquismo romântico de observância socialista, porque nela são esclarecidos os mecanismos de condução que canalizarão a atividade social na sociedade libertadora do Estado.

Hinkelammert diz que formulado assim, Rockefeller, Margaret Thatcher e Ronald Reagan assumem a anarquia como seu ideal social. É o anti-intervencionismo absoluto, a nova ideologia totalitária do mercado total (Henri Lepage[9]). A politica neoliberal é entendida agora como aproximação no tempo em direção de tal anarquia. Mas também esta anarquia não é mais que um conceito-limite inatingível, embora se diga agora que é “em princípio” atingível. O monopólio da aplicação legitima da força, segundo esta opinião, deve ser superado aplicando à sociedade inteira os mecanismos de condução do mercado, com o resultado de que as funções até agora centrais do Estado - em especial, a proteção do cidadão contra a força sob qualquer forma - sejam entregues a organizações privadas que operam segundo regras mercantis.

De acordo com Hinkelammert, a humildade acaba sendo a virtude cardinal daqueles que tornam seus os imperativos do mercado e derivam o conjunto de suas outras virtudes das exigências que tal mercado impõe. No outro pólo estão os orgulhosos que buscam a justiça social desafiando o mercado. O orgulho é seu vício cardinal, e reside no fato, suposto por Hayek, de que uma justiça social que desafia o mercado pressupõe um conhecimento perfeito que nenhum ser humano pode ter. Nesta pretensão de onisciência reside o orgulho denunciado por Hayek.

Hinkelammert conclui aqui que tem-se assim um mundo bem ordenado, no qual as classes dominantes representam o polo da humildade, isto é, da virtude, e as classes exploradas e dominadas o polo do vício e do orgulho. Os grandes são humildes e os pequenos orgulhosos: aqueles são grandes pela sua humildade e estes são pequenos pelo

8 FRIEDMAN, Milton. Capitalismo y Libertad. Madrid: Rialp, 1966a.
9 LEPAGE, Henry. Demain le capitalisme. Paris: Le livre de poche, 1978.

seu orgulho. Ao tomar como base o pensamento neoliberal, conclui-se que a raiz de todos os males é o amor à justiça social, por ser implicitamente a pretensão do conhecimento total. Ao mesmo tempo, a raiz de todos os bens é o amor pelo dinheiro, pelo mercado e pelo capital.

No décimo e último ensaio **A aproximação ao equilíbrio: o anarcocapitalismo**, Hinkelammert alterca que ao analisar este marco teórico-categorial e sua transfiguração ética, torna-se fácil inferir um pensamento neoliberal propriamente teológico. De fato, o pensamento neoclássico envolve seu marco teórico-categorial em termos teológicos, ainda que estes estejam pouco desenvolvidos. No entanto, ao passar aos termos teológicos, identifica, obviamente, o conceito-limite positivo com Deus e o negativo com o diabo.

Hinkelammert vai afirmar que como o preço matemático é, segundo Hayek, simplesmente o preço da concorrência perfeita, sua referência é clara. Somente Deus pode conhecer tais preços - por ser ele onisciente. O ser humano, ao contrário, jamais terá essa capacidade. Esse Deus não é mais que uma hipóstase do mercado e, ao mesmo tempo, o Deus da burguesia. É aquele Deus que hoje já sabe algo que nenhum ser humano pode prever: o cambio do dólar amanhã. É o Deus cuja aliança convém ao homem de negócios. Com certeza, um Deus deste tipo é o Deus que santifica o *nómos* (lei) da sociedade burguesa.

Hinkelammert diz que Hayek fala de Deus nos seguintes termos:

> "Nunca soube o significado da palavra Deus. Acredito que é de suma importância na conservação das leis. Mas, insisto, como não sei o significado da palavra Deus, não posso lhe dizer nem que creio nem que não creio em sua existência [...]. Mas também todos devemos admitir, simultaneamente, que nenhum de nós tem a posse de toda a verdade. De 'toda' a verdade, eu disse. E se você quiser definir Deus como a verdade, neste caso estou disposto a usar a palavra Deus. Ainda mais: sempre que você não pretenda possuir toda a verdade, eu estaria disposto a trabalhar de seu lado buscando Deus através da verdade."[10]

Hinkelammert perguilha que Deus é aquele que sabe tudo. A partir dai torna-se visível onde está o diabo. Estando no paraíso, o diabo induz o ser humano para que coma da árvore do conhecimento, tal alimento permitir-lhe-á igualar-se a Deus. O diabo seduz o ser humano a "pretensão do conhecimento": titulo da conferencia de Hayek ao receber o premio Nobel. O titulo é uma simples alusão ao pecado do Paraíso, que é precisamente o pecado do orgulho, do levantamento do ser humano contra Deus. Deus é o sabe-tudo. Portanto, aquele que pretende o conhecimento total quer ser como Deus. Mas para assegurar a justiça social desafiando o mercado é preciso saber tudo. Portanto, reivindicar a justiça social é pretender ser como Deus.

Hinkelammert vai dizer que tal como está elaborado, este esquema teológico é absolutamente maniqueísta. Este esquema teológico transforma a reivindicação da vida

10 HAYEK, Friedrich. Entrevista. Santiago: Jornal El Mercurio, 12 abr. 1981.

humana frente ao mercado em pecado de Lúcifer, dando a defesa do mercado a mais absoluta legitimação. Desata a agressividade humana sem limites contra os dominados e divide a sociedade nos termos mais absolutos em uma sociedade de luta de classes a partir da classe dominante.

Hinkelammert conclui afirmando que Deus, os seres humanos humildes e o mercado enfrentam a Lúcifer, isto é, aos seres humanos orgulhosos e à reivindicação de justiça social, em uma verdadeira batalha messiânica que o neoliberalismo protagoniza.

REFERÊNCIAS

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo y Libertad**. Madrid: Rialp, 1966a.

HAYEK, Friedrich. **A pretenção do conhecimento**. Humanidades, Brasília: UnB, v. II, n.5, p. 47-54, out.-dez. 1983.

________. **Entrevista**. Santiago: El Mercurio, 12 de abr. 1981.

________. **La pretensión del conocimiento**. In_____. Inflación o pleno empleo? Madrid: Unión Editorial, 1976.

________. **O Caminho para a Servidão.** Lisboa: Edições 70, 2009.

HINKELAMMERT, Franz. **Crítica da razão utópica**. São Paulo: Argos, 2013.

LEPAGE, Henry. **Demain le capitalisme**. Paris: Le livre de poche, 1978.

MORGENSTERN, Oscar. **Vollkommene Voraussicht und wirtshaftliches Glechgewicht**. In: ALBERT, Hans. Theorie und Realitat. Tubingen: J. C. B. Mohr, 1964.

VON MISES, Ludwig. **Bureaucracy**. New Have: Yale University Press, 1946.

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS: Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNjPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid.org/0000-0002-5472-8879.

C

D

E

G

I

J

L

M

N

P

R

S

T

V

CAMINHOS DA

JUSTIÇA:

EXPLORANDO O MUNDO DO DIREITO



www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br
@atenaeditora
www.facebook.com/atenaeditora.com.br

Atena Editora
Ano 2023

CAMINHOS DA JUSTIÇA:

EXPLORANDO O MUNDO DO DIREITO



www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br
@atenaeditora
www.facebook.com/atenaeditora.com.br

Atena Editora
Ano 2023